

# キャップ・アンド・トレード制度における 排出枠の法的性質と財産権性（二・完）

原 田 一 葉

はじめに

第1章 環境政策手法論の展開及びキャップ・アンド・トレード制度の位置  
付け

第1節 環境政策手法論の概観

第2節 キャップ・アンド・トレード制度の理論的背景

第1款 環境税（賦課金）の理論的背景

第2款 キャップ・アンド・トレード制度の理論的背景

第3節 「財産権の経済的アプローチ」の発想に基づく政策

第1款 序

第2款 農業生産権手法での議論

第3款 原子力法2002における残存発電量割当制度

第4款 小 括

第2章 日本における気候変動対策の従来の状況—キャップ・アンド・トレ  
ード制度及びそれに類するものを中心として

第1節 序

第2節 京都議定書に基づく排出枠取引制度での国際的な議論

第3節 地球温暖化対策の推進に関する法律にいう算定割当量の法的性質

第4節 東京都条例に基づく温室効果ガス削減量取引における振替可能削  
減量の法的性質の議論

第1款 東京都条例に基づく温室効果ガス削減量取引制度の概観

第2款 東京都の温室効果ガス削減取引量の他の特徴

第3款 同制度における「振替可能削減量」の法的位置付け

第5節 国内型キャップ・アンド・トレード制度に向けての検討会での議論

第3章 EU法及びドイツ温室効果ガス排出権取引法に具体化されたキャップ・アンド・トレード方式の全体と特徴

第1節 EU域内における温室効果ガス排出枠取引スキーム

第1款 EU-ETSの生成

第2款 EU-ETSのキャップ・アンド・トレード制度としての特徴

第2節 ドイツにおける国内法化

第1款 関連法令

第2款 TEHGの仕組み

第3款 TEHGのキャップ・アンド・トレード制度としての特徴

第4章 排出枠の法的性質を巡る議論—ドイツ法からの示唆

第1節 序 (以上、65巻2号)

第2節 ドイツにおける学説の状況

第1款 学説の対立の背景

第2款 個々の学説の内容の検討

第3款 小括—ドイツの学説の整理及び評価

第3節 権利として考えることの妥当性

第1款 ドイツにおける公権概念について

第2款 排出枠の法的性質と公権

第3款 私権と考えることの意味

第4款 日本法における従来の状況との比較

第5款 小括

第5章 排出枠の法的性質に関連する制度上の論点

第1節 排出枠に対する質権の設定

第1款 ドイツにおける排出枠に対する質権の設定について

第2款 日本における議論状況との比較

第3款 小括

第2節 排出枠の事後調整措置を巡る議論

第1款 EU-ETS第1次フェーズにおける事後調整措置をめぐる議論

第2款 日本法への示唆

むすびに代えて (以上本号)

## 第2節 学説の状況

### 第1款 学説の対立の背景

ドイツにおいては、日本では意義を失いつつあると評価される公法私法二分論が現在でもなお根強く残っており、排出枠の法的性質の決定を巡っても、それが公法に属するのか、或いは、私法に属するのか、ということが重大な関心事である。

排出枠が公法の性質を持つとされれば、排出枠の移転にあたっての契約は、行政手続法に基づく公法上の契約に分類されるが、私法の性質を持つと決定されれば、私法上の契約に分類される。このことは、行政裁判所が存在するドイツにおいては、排出枠の移転の合意について、何らかの紛争が生じた場合の管轄裁判所の問題として、実践的な意味を持つ。

また、排出枠が公法に属したとしてそれが権利、すなわち、公権であるかどうかは、連邦行政裁判所法42条2項により「法律に別段の定めがない限り、行政行為、または行政行為の拒否あるいは不作為により権利を侵害されている旨を原告が主張する場合にのみ、訴えは許容される。」とし、行政訴訟の出訴にあたって権利侵害要件を要求しているドイツにおいては、重要な意味を持つことになる。さらに、排出枠が私法に属するとして、私権として構成されるならば、それは、アメリカ合衆国においてまさに議論されたような補償との関連で深刻な問題を提起する<sup>(122)</sup>。加えて、国際管轄法の選択の観点からも排出枠が公法的な性質を持つか、私法上の性質を持つかを決定することは、重要な意義を有する。

さらに、本稿で詳細は立ち入らないが、ドイツでは、排出枠の割当方法を無償割当から有償割当へと移行させることの合憲性の問題が活発に論じられており、排出枠の法的性質及び排出枠を生成する制度根拠である TEHG の位置付けをどのように理解するかという学説の対立が、有償割当への移行の合憲性の議論にも影響を与えている<sup>(123)</sup>。

このような背景から、ドイツでは、排出枠の法律上の性質が公法か私法か、そして、なぜ公法なのか、私法なのか問題が重要な学説の対立軸となる。公法か私法かに択一的に考えない折衷的な見解も存在する。また、排出枠の法的性質が、公法か私法かが決定されたとして、次に排出枠が権利性を有するのか、権利性を有するとした場合、その権利の内容は如何なるものなのかを確定する作業が必要となる。さらに、権利性を否定する場合に、その理由、及び権利ではないとして、排出枠は如何なるものなのかという点も同時に明らかにされる必要があるだろう。

## 第2款 個々の学説の内容の検討

### 1 公法説と私法説の対立

#### (1) 序

排出枠が公法としての性質を持つか、私法としての性質を持つかという点についてもっとも明確な対立を見せ、公法か私法かの対立がいかにかップ・アンド・トレード制度にとって深刻な問題を提起しうるか把握できるのは、EU-ETSの開始を間近に控えた2004年に新行政法雑誌 (Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht: NVwZ) に連続して収録されたコーベス<sup>(124)</sup>(Stefan Kobes)の論文とブルギ<sup>(125)</sup>(Martin Burgi)の論文の対比であろう。

#### (2) コーベスによる公法説の主張

コーベスによると、キャップ・アンド・トレード制度の中核は、あらかじめ大気中に排出することを許容された限度の排出枠 (TEHG 第3条第3項) を国家が施設に割当て、毎年、実際の排出に合致した排出枠を償却するために、排出枠を管轄庁に提出する義務を課し (TEHG 第7条第1項)、この提出義務を履行しない場合には、施設の保有者に対しては、二酸化炭素炭素換算トンあたり200ユーロの支払い義務という制裁が科されるところにある (TEHG 第30条第1項)<sup>(126)</sup>。一般にキャップ・アンド・トレード制度とは、「キャップ」、すなわち排出許容上限値を課し総量削減を確保する

ことと、「トレード」すなわち排出枠に譲渡可能性を付与して費用効率性の高い削減を目指すという2つの要素があり、キャップの確保に関しては、許容される排出量を排出枠として交付した後、実際に排出した削減量に該当する排出枠の提出義務を課するという制度設計によって、トレードに関しては、排出枠に譲渡可能性を付与するという制度設計によって、TEHGはこれら2つの要素を実現している。これらのうち、キャップについては、排出枠の割当を受け、削減義務を負う施設を有する事業者と国家との間の法的関係だと表現することができ、トレードに関しては、削減義務を有する施設事業者同士での譲渡という私人間の法的関係だと表現することができよう。コーベスは、キャップ確保の部分を制度の中心だと考え、排出枠とはキャップを遵守するために国家によって人為的に創り出された手段であり、削減義務を負う施設の事業者と国家との間の法的関係を扱うものであるから、排出枠は、公法に属すると理解するのである。温室効果ガス排出の削減目標の確実な達成のための総量管理の仕組みである排出枠の提出・償却義務を中心に制度を考えている立場と解することができよう。コーベスは、取引の対象となるのは、「電子データ上の温室効果ガス排出についての公法上の許可」だと説明するため、キャップ・アンド・トレード制度を「tradable permit」と称する制度沿革的な理解をするといえる。

### （3）ブルギによる私法説

これに対してブルギは、EU-ETS 指令及びその国内における関連法規が、排出枠は私法に属するという明文を置かずとも、排出枠は当然に私法に分類されると断言している。その根拠は、まず第1に、キャップ・アンド・トレード制度によって生成される排出枠の取引市場は、私法による自由な取引に任せられており、そこには公法上の規律はないということにある。根拠の第2は、温室効果ガスを排出する権能は、従来は、施設所有権の保有に基礎づけられていたが、キャップ・アンド・トレード制度によって温室効果ガスを排出する権能は、排出枠の保有に基礎づけられることとなり、排出枠取引制

度導入後は、排出枠が、大気利用のための法的根拠となるという点にある。

ブルギは、排出枠の割当が行政による決定という公法上の手続きによってなされるからといって、排出枠が公法的な性質を持つとするのは適切ではないという。このことは、建設法上の換地手続き（建設法典第45条以下）における土地所有権と比較することによって説明可能であるとする。換地とは、たとえば、都市計画の分野で用いられる手法の1つで、公共施設の整備事業の実施等にあたり、減少させられることになる土地に代わるべきものとして代替の土地を交付することをいう。<sup>(128)</sup>

ブルギは、換地手続きを行うという公法上の手続きを経た後の土地についてBGB第903条の所有権が存在し、その土地所有権が私法的な法律上の性質を持つのは当然であるのと同様、排出枠取引制度においても、排出枠の割当という一定の公法上の手続きが介在したとしても、大気を利用する法的根拠である排出枠が私法に属することには変わりがないということを強調する。<sup>(129)</sup>

#### (4) コーベス及びブルギによる学説の比較

コーベスは、キャップ・アンド・トレード制度について、政府の温室効果ガス削減義務を確保するための規制としてのキャップの側面を重視し、排出枠の法的性質についても、対国家的な側面、すなわち、公法的な側面を強調している。これに対して、ブルギは、キャップ・アンド・トレード制度について、市場の側面を重視するとともに、温室効果ガスの大気への排出はこれまで施設所有権により正当化されていたが、キャップ・アンド・トレード制度の導入により、「排出枠」が温室効果ガス排出を正当化する法的根拠となると述べることによって、排出枠が私権であることを示唆しているといえる。これまで無償で大気に温室効果ガスを排出できていた既得権を私権として構成されかねない環境法政策的には警戒を要する学説といえよう。なお、ブルギは、この雑誌論文の後、2007年に、排出枠は公法という手段によって大気の利用秩序を形成していないということを根拠に、排出枠の有償割当は

違憲であるとの鑑定書を提出している。<sup>(130)</sup>

## 2 環境法学者による排出枠の法的性質の更なる検討及び進化

### （１）序

コーベスとブルギが、新行政法雑誌で上述の意見の対立を見せた2004年は、TEHG が成立した年であり、排出枠取引開始である2005年1月1日を間近に控えた年であった。2004年から2006年の間に、TEHG 及びそれに付随する法令の本格的な注釈書や書物が複数出版されており、排出枠の法的性質についても更なる検討及び進化の形跡がみられる。

### （２）TEHG の代表的な注釈書による見解

2004年に出版された TEHG の本格的な注釈書は、環境法学者として著名なフレンツ（Walter Frenz）とトイアー（Andreas Theuer）との共著という形で執筆された。<sup>(131)</sup> この注釈書は度々改正を経ているが、排出枠の法的性質についての見解は一貫している。

フレンツ＝トイアーは、まず、制度対象施設を保有する事業者と国家の間で、排出枠の提出・償却義務があるという場面と、事業者を含む私人同士で排出枠の取引をする場面を区別して、排出枠の法的性質の問題を論じる。<sup>(132)</sup> そして、前者の制度対象施設を保有する事業者と国家との関係においては、当該事業者にとって、最も重要な義務は、排出枠の提出・償却義務であると説明する。そして、このような TEHG の制度対象施設の保有者と国家との法律関係においては、排出枠は TEHG という法律が創り出した「固有の通貨」としての機能を営むと説明する。

フレンツ＝トイアーのいう、国家と制度対象施設を保有する事業者との間では、排出枠は、『固有の通貨』の機能を有する」という説明は極めてわかりづらいが、制度対象施設の保有者は、対象施設が実際に排出した温室効果ガスの数量をトン当たりの二酸化炭素換算で示される「排出枠」という単位で引き直して、実際の排出量と合致する排出枠の数を調達して、提出・償却しなければならないという点に重きをおいた見解であると考えられる。す

なわち、温室効果ガスの排出は、社会一般で流通しているユーロや円という通貨で対価を支払うことによっては許容されず、排出枠という「固有の通貨」によってのみ提出・償却が許容されると考えるのである。このような説明振りからも明らかであるが、フレンツ＝トイアーは、この場面における排出枠の法的性質を公法として捉えている。

次に、フレンツ＝トイアーは、上述したような国家と制度対象者との間におかれた排出枠の公法的関係は、制度対象者でない私人と私人の間で排出枠が譲渡される場面では、変化するのだという。一般的にキャップ・アンド・トレード制度では、制度対象者だけが取引に参加するだけではなく、投機的な目的での取引も予定しており、EU-ETS 及び TEHG も同様である。制度の対象となる施設を保有しているわけではないが、投機的に排出枠の取引をする者もいる。このような投機目的の参加者は、排出枠を保有していたとしても、当然のことではあるが、国家に排出枠の提出・償却義務を負っているわけではなく、国家と公法上の関係を有さないから、私人と私人の間での取引について、公法が適用されるかどうかは疑わしいフレンツ＝トイアーは述べる。<sup>(133)</sup>

すなわち、フレンツ＝トイアーは、排出枠は、制度対象者と国家との間では公法としての性質を有するが、私人間で取引されるという場面になると、排出枠は、私法としての性質を帯びるようになると考えているようである。

## (2)『排出取引—実務の手引』の中での見解

さらに、2006年には、ドイツにおける排出枠取引について本格的な書物が2冊出版されているが、まずは、マキシミリアン・エルスパス(Maximilian Elspas)ら3名が監修した『排出取引—実務の手引』の中での排出枠の法的性質に関する分析を参照してみよう。この書物の中で、排出枠の法的性質について分析したのは、ライディンガー<sup>(134)</sup>(Tobias Leidinger)である。ライディンガーは、コーベスによる公法説も、ブルギによる私法説も誤りとしている。ライディンガーは、排出枠の取引市場は、自然に生成されてきた従来



の市場と異なる特殊な市場であり、排出枠取引市場では国家の役割が大きいと述べる。その国家の役割の中には、排出枠の初期割当があり、この割当は、公法の性質を持つことは明らかであるが、公法上の割当があるからといって、排出枠の法律上の性質を公法に分類するのは、短絡的すぎると指摘する。排出枠を公法としての性質を有するというコーベスと対立する見解であることは明らかであろう。

そして、排出許可でも、排出枠の割当決定でもなく、まさに排出枠それ自体が、国家と施設事業者との間で、大気利用のための法的根拠を形成するのだと述べる。TEHG 施行前は、大気の利用の権能は、民法及び連邦イミッシェン防止法の制約を受けつつ、事業者が有するドイツ基本法第14条の財産権に根拠付けられて存在してきた。しかし、排出枠取引制度の導入に伴い、温室効果ガスを放出するという意味での大気利用は、排出枠によって根拠づけられることになったと述べる。このように排出枠を大気利用のための法的根拠として位置付けるという点でライディンガーの見解は、ブルギの私法説に近い。しかし、ブルギが、換地との比較を用いて、排出枠が事業者の私権であることを示唆しているのをライディンガーは誤りだと指摘している。それは、ライディンガーは、排出枠が事業者の大気利用の法的根拠になるとしても、排出枠の中に具体化された大気利用の権利は、土地所有権のような権利ではなく、原子力法2002における残存発電量に類似した許可された範囲でのみ行使される権限でしかないと考えるからである。ライディンガーは、大気利用の法的根拠となる排出枠を私法上の法律上の地位であると説明し、主観的な権利だとは説明していない。

さらにライディンガーは、排出枠の法的性質が私法に属すると考える理由として、排出枠の取引は、EU レベルでの温室効果ガスの排出の削減という政策的な目標に貢献するものである一方で、制度対象者である事業者にとっては、私的な利益のために機能するという点も補強材料になると述べている。つまり、事業者はお金を儲ける目的で取引をすることをこの制度は容認

もしくは推進しているのであって、国家は温室効果ガスの排出基準を決めて遵守させるといった直接的な規制方法ではなく、このような柔軟性のあるキャップ・アンド・トレード制度を採用したのであるから、私人は自ら削減するか、他者から調達するかいずれの行動をとるか自らの費用計算に基づき行動することが許されている。その点で、排出枠は私人の利益に奉仕する私法上のものとして整理するのが適切であるというのである。

(3) ミハエル・アダムら3名により著された『排出取引ハンドブック』

2006年には、ミハエル・アダムら3名により著された『排出取引ハンドブック』も出版されている。同書では、『排出取引—実務の手引』でライディンガーが描いたのとは対照的に排出枠の法的性質は公法に属するという結論が導かれている<sup>(135)</sup>。

同書は、フレンツ＝トイアーが排出枠の法的性質を「固有の通貨」であり、对国家との関係では公法的であるが、私人間ではその法的性質が変化するのでという学説は、排出枠を取引する際の契約が私法に基づくか、公法に基づくかという問題と、排出枠の法的性質を混同しているものとして懐疑的な姿勢を示している。また、原子力法2002における残存発電量と比較して、排出枠の法的性質を論じることについては、原子力法2002が、事業者の有する経済的価値である土地や施設を問題にしているのに対して、排出枠取引制度においては、誰にも排他的に帰属しない公共財である大気の利用が問題となっているのだから、原子力法2002との比較をすることは適切でないという。

同書に特徴的なのは、生乳クォータ制度における基準数量との共通性を丁寧に論じている点である。土地との付従性が切断された段階での生乳クォータ制度における基準数量は、単なる権能ではなく、民事的に取引可能な公法的な地位であると整理されたのと同様に、排出枠は、民法を直接適用する民事上の契約が可能だという。

(4) 小 括

このように2004年から2006年の間に出版された TEHG の代表的な注釈書

及び体系書では、排出枠の法的性質の問題に関する学説の応接が見られる。

フレンツ＝トイアーの見解は、公権か私権かという議論を巧妙にかわすものであると評価できる。また、私法説にたつライディグナーは、コーベスの学説を過ちだとし、排出枠を事業者の温室効果ガス排出という大気利用の法的根拠であると主張するが、大気利用の法的根拠たる排出枠の法的性質を換地における土地所有権と比較するブルギの見解もまた誤りであるとし、原子力法2002における残存発電量に類似したものだとして述べ、排出枠は、私法上の法的地位であるとする。さらに、公法説にたつ『排出取引ハンドブック』では、フレンツ＝トイアーの見解に対する批判が示されるとともに、ライディグナーが支持した原子力法2002の残存発電量との比較は適切ではなく、生乳クォータ制度における基準数量と同様に考えるとの見解が示された。

### 3 民法学者による分析

#### （1）序

以上で、ドイツで排出枠取引制度が導入された前後である2004年から2006年を中心に排出枠の法的性質の議論を追ってきたが、これらはいずれも民法学者の観点からのものではなかった。本稿は、排出枠の法的性質の議論を主として民事法の観点から分析し、財産権としての性質をどのように考えるかに主たる関心を置くため、民法学者が排出枠をどのように定義づけているのかを補完的に2つ紹介しておきたい。

#### （2）ヴェルテンブルフの見解

民法学者であるヴェルテンブルフは、排出枠は公権であると明言している。その理由は、排出枠が行政行為を介して生じ、割当決定に対する異議申立及び取消訴訟の提起によっても、その効力を停止することはできない（TEHG 第26条）点に基礎づけられ、排出枠は、有害物質排出を許容してもらうという公法上の請求権であり、公法上の主観的な権利であるという。<sup>(136)</sup> ヴェルテンブルフが、排出枠について、あえて、有害物質を排出する公権だと指摘するのは、TEHG が、条文の構造上、排出許可と排出枠を分けて規定

していることに関連していると思われる。一般に行政法上、許可とは、人の本来自由な活動領域について予め禁止をしておき、一定の要件を備えると、申請に基づき、その禁止を解除する、すなわち、自由の回復を図る行政行為である。<sup>(137)</sup>したがって、排出許可があれば、排出を許容してもらう請求権が生じるようにも思えるが、TEHGにおける排出許可は、「1 二酸化炭素換算トンに該当する温室効果ガスを排出する権能」としての排出枠の定義規定とは別の条文で規定されている。そこで、ヴェルテンブルフは排出許可ではなく、排出枠こそが公権だと指摘したのであろう。民法学者であるワグナーも、排出枠が公権としての法的性質を持つことを指摘している。<sup>(138)</sup>ドイツの代表的な民法のコンメンタールは、排出枠を「公権 (subjektive öffentliche Rechte)」や「免許や環境汚染権といった公法上の権能 (öffentlich-rechtliche Befugnis)」<sup>(139)</sup>としており、いずれも、ヴェルテンブルフの論文を参照している。<sup>(140)</sup>

## (2) ワグナー (Gerhard Wagner) の見解

同様に、民法学者であるワグナーは、排出枠が公法か、私法かという点に関して、折衷的な学説を展開する。ワグナーは、排出枠それ自体の性質を公法か私法かと択一的に決めることには不可能であり、排出枠は私法と公法の双方を備えたハイブリッドな性質を有するといふ。<sup>(141)</sup>

ワグナーは、ドイツ法においては、非常にドクマティックな公法私法二分論が根強く、1つの制度が公法としての要素も、私法としての要素を備えている場合にも、公法私法二分論を脱却することはできなかったという。

排出枠の法律的な性質を考えるにあたっては、排出枠を生成する根拠であるキャップ・アンド・トレード制度は、石油燃料の燃焼の際の化合物としての温室効果ガスの廃棄空間である大気の利用の権利を具体化すると考えられるから、ワグナーによれば、自ずと他の環境媒体である土壌や水についての利用のための権利との比較が連想されるという。土壌の利用秩序については、BGBの土地所有権の規定と各種の行政法の規定の双方がルールを形成

しているし、水利用についても同様である。キャップ・アンド・トレード制度で問題となる大気の利用秩序についても違いはない。私法上は、BGB第905条に基づき、土地所有権の効力が土地の地表の上の大気空間に及ぶことによって、土地上の大気の利用の権利が保障され、BGB第906条に基づき、一定の有害物質の排出が他人上の土地に及ぶ形で大気利用も許容されている一方、他方、連邦イミッショーン防止法による大気の利用の規制が、大気利用秩序の大きな部分を占めている。このように、どの環境媒体についても、私法と公法が重複して、その利用秩序を形成しているといえる。

このような視点でみたとき、大気利用秩序を形成するキャップ・アンド・トレード制度は、公法か私法のいずれに属するだろうか。キャップ・アンド・トレード制度においては、温室効果ガスを排出する権利を国家の側で割当て、それを提出・償却させることによって、温室効果ガスの排出を適法化し、制裁を免れさせるところにその本質がある。そして、温室効果ガスには、排出によって個人にとって健康影響を生じさせるような毒性があるわけではなく、温室効果ガスの排出削減は公益のためのものである。これらの2点から、ワグナーは、大気利用秩序を形成する法としてのキャップ・アンド・トレード制度における排出枠は、公法としての性質を持つと結論付ける。ここでワグナーは、公法上の権能が取引可能とされている例として、生乳クォータ制度における基準数量をあげ、排出枠を公法的な性質を持つとしても取引が可能であることの補強材料としている。

さらに、ワグナーは、原子力法2002の下で基本法第14条の財産権の保障が問題となったこととの対比で、TEHGは、原子力法2002第7条第1項に基づく残存発電量と類似した方法で、新たな所有権概念を創設したとも考えられるとしている。すなわち、原子力法2002では、①土地の上に建てられた施設、建物及び機械と一体的な土地所有権、②同法7条の許可、③施設をもって稼働している営業が、基本法14条の財産権の保護の対象になるかどうかが問われ、連邦憲法裁判所は、民法上の所有権とそこから生じる法的地位、公

法上の許可、営業という3つの要素を包括させることによって、原子力発電所事業者の所有権者としての地位が定まるという思考様式をとった。<sup>(142)</sup>このような思考によって、原子力施設の保有者がドイツ基本法第14条の保障の及ぶ私権を有すると考えたのである。ワグナーは、このような考え方を採用すれば、排出枠の法的性質に関しても、施設とその許可及び土地所有権が結合して、基本法第14条の財産権の保護の及ぶ物的な私権が創設されたと考えることもできないではないとしている。このような私権を創設することにより、物権法定主義の観点から新たに物権を1つ追加することとの懸念を示しているが、ここでは、土地所有権だけに限定されるわけではなく、施設全体を包括する特殊な物的な権利であるから、物権法定主義との抵触を深刻に考える必要はない。もっとも排出枠が、このような物的な私権を創設するものなのかどうかは、最終的には、立法者により明らかにされるべきだというのがワグナーの立場である。

### 第3款 小括—ドイツの学説の整理及び評価

排出枠の法的性質を巡る学説に関しては、ドイツでは、多様な議論が繰り広げられており、本稿は全ての学説を網羅したわけではない。キャップ・アンド・トレード制度が導入された2005年前後は、排出枠の法律上の性質をめぐる議論が盛んであったと考えられることから、同時期に限定して、学説の議論状況を紹介したものである。

以下では、学説の整理をかねて、公権性の有無、私権性の有無に視点を置き換えて、考察を試みる。環境法学者であるコーベスは、排出枠の割当が国家により行われることを根拠に排出枠を公法としての性質を持つと理解しているが、取引の対象となるものは、「電子的に保障された排出の許可」であるとしており、公権であることを強調はしていない。<sup>(143)</sup>コーベスの理解は、キャップ・アンド・トレード制度の発祥地であるアメリカにおいて、排出枠取引を“tradable permit”としていることから非常に素直な見解である。

もっとも、TEHG においては、排出許可（TEHG 第 4 条第 1 項）と所轄官庁に提出・償却すべき排出枠（TEHG 第 7 条第 1 項）は、条文上明確に区別されており、TEHG が、許可とは別に排出枠を第 3 条の定義規定において「一定期間内における 1 二酸化炭素換算トンを排出する権能」だと定義していることとの平仄はとれていないといわざるを得ない。

アダム・ミハエルらから著された『排出取引ハンドブック』は、公法としての性質を有する排出枠の法的性質は、生乳クォータ制度における譲渡可能な基準数量と同様、法的地位であると述べる。<sup>(144)</sup> 同書では公権であると明言はされていないが、同書が依拠する生乳クォータにおける基準数量が公権であるとされているとの関係では、同書は、排出枠を公権ではないと明確に断言しているとは言い難い。他方、ヴェルテンブルフは排出枠を公権だと明確に論じており、ワグナーは、ヴェルテンブルフほど明快に断言しているわけではないが、排出枠が公法上の権利であることを意識している。

排出枠を公権だとするときには、排出枠を保有している者が、国家に対し、公法に属する権利を保有することになり、この権利の内容が問題となる。排出枠を公権として構成する場合に、その権利の内容はどのようなものになるのか、そのような構成をとることが適切かどうかについては、本章第 3 節で検討する。

私法としての性質を持つと整理している論者には、ブルギ、ライディグナー、ワグナーがいる。ブルギは、排出枠の取引が民事上のルールに任せられていることを根拠とすると同時に、土地所有権を国家が一度収用し、再配分する仕組みともいえる建築法典上の換地手続きに、キャップ・アンド・トレード制度をなぞらえているところに特徴がある。換地手続きで再配分されているのは土地所有権であり、キャップ・アンド・トレード制度で再配分されているのは、大気の利用権と考えていると評価することができよう。ブルギ自身は、排出枠が所有権だと明言しているわけではないが、換地との比喩からすると、土地所有権に近いものと考えているようにもみえる。ライディグ

ナーとワグナーに共通するのは、原子力法2002第7条の残存発電量の法的性質と排出枠の法的性質に類似性を見出している点である。原子力法2002第7条の残存発電量も公法上の割当により、政策的に稀少性が付された上で譲渡可能とされているという点では、両者は共通点を有する。原子力法2002の第7b条の残存発電量を巡っては、それが、ドイツ基本法第14条の財産権の保障の保護に入る私的所有権を構成するというのが有力な見解がある。もっともライディグナーとワグナーは、原子力法第7条とTEHGはの排出枠が全く同一だとしているわけではない。ライディグナーは、排出枠を私法に分類するのは、原子力法第7条の残存電力量との類似性に加えて、排出枠取引が、温室効果ガスを削減するという公法上の利益のためにも、私人間の私的な利益、—すなわちお金儲け—のために行われるものであるからという理由づけも用いていることに注意が必要であるし、また、ライディグナーは、主観的な私法上の地位であるとはしているが、私法上の主観的権利という用語を用いていない点には注意しなければならない。また、ワグナーは、排出枠は、物的な私権を創設しようとは考えているが、その点は立法者による解決に委ねており、いずれの見解も、排出枠を私権と構成することには躊躇している。

異色の見解ともいえるのが、排出枠を、制度対象者と国家との間で通用する「固有の通貨」だと説明し、私人間で取引する排出枠は別の性格に転じると説明するフレンツ＝トイアーであろう。この考え方は、1二酸化炭素換トンを排出する権能の行使に対して排出枠で支払いをしていると考えれば、条文にも、制度の本質からも筋が通っており、同時に、権利性の有無という環境法政策上厄介な問題を回避することができる巧妙な説明である。なお、本稿では深く立ち入ることはできないが、ドイツで活発に議論のなされている排出枠の有償割当の合憲性の議論について、排出枠を私法とするブルギが違憲とするのとは対照的に、フレンツは、有償割当による金銭徴収は、特別賦課金として合憲だとしている。<sup>(146)</sup>



これらをみると、排出枠は私権というよりは、公権であるとしている論者が多いが、フレンツ＝トイアーやコーベスの見解にみられるように、環境法学者のなかには、公権であると明言することにすら躊躇している傾向をみてとれる。

### 第3節 権利と考えることの妥当性

#### 第1款 ドイツにおける公権概念について

##### 1 序

本章第2節では、ドイツでは、排出枠を公権と構成する学説が有力であることに触れた。現代の日本法学において、公法私法二分論に由来する公権論は、過去のものになりつつある<sup>(147)</sup>。また、日本の近年の精力的な研究によれば、ドイツにおける公権論は、専ら、行政訴訟における反射的利益論の克服と行政訴訟における出訴人の地位の強化の文脈で論じられている<sup>(148)</sup>。もっとも、ドイツでは、排出枠を公権とする立場が相当程度有力であることから、本款では、ドイツにおける公権理論の歴史的経緯と現代の公権論の意義について考察し、ドイツの学説において、排出枠を公権とすることの意味を明らかにしたい。

##### 2 公権概念の発展

ドイツにおける公権の概念は、立憲主義の発展とともに始まった。アメリカ独立宣言やフランスの人権宣言が、人権に前国家的価値をあることを認め、人権意識と民主思想を浸透させたことに伴い、ドイツにおいても、国家権力に対する個人の権利を国法レベルで定義づけるべく、編み出され、発展してきたのが、国と個人との関係を法的に定義し、表現する公権（subjektives öffentliches Recht）理論である<sup>(149)</sup>。

その嚆矢となったのは、1852年のゲルバー（C.F.Gerber）の『公権論（Über öffentliche Rechte）』である。ゲルバーは、元来公法学者ではなく、私法学者であり、彼の理論は、私法学との対比で公権を導き出した点に特徴

<sup>(150)</sup>がある。ゲルバーは、私法から私権を導くことのできるアナロジーとして、公法からも一定の条件の下で公権が存在するという理論を展開した。すなわち、私法領域における権利は、完全に個人意思の範囲内にあり、その個人の無制限な処分が可能なものであると解されている。そのこととの比較で、公法領域でも、①客観法 (objektives Recht) が存在し、かつ、②その客観法が特定個人の人格と結びつくという一定の条件の下があれば公権を概念するというのである。私法では人格が唯一の出発点であるが、公法では、個人と全体との結合が重要となるとするゲルバーの理論のもとでは、全体たる国家の構成要素としての市民の法的地位である選挙権・被選挙権について公権の地位が与えられることになる。<sup>(151)</sup>もっとも、ゲルバーは、現代において自由権とされる市民的自由は、権利ではなく客観法の反射にすぎないとしてい<sup>(152)</sup>る。それは、ゲルバーが、人格と全体との結びつきを要求するため、市民的自由を権利と位置づけることができなかったためである。<sup>(153)</sup>この点にゲルバーの公権理論の限界があった。もっとも、市民を公権力の対象から解放し、市民の地位を権利の主体へと高めようとした理論的先駆性は高いと評されてい<sup>(154)</sup>る。

このゲルバーによって提起された公権概念を体系化したのが、1892年のG・イエリネク (G.Jellinek) による「公権体系論 (System der subjektiven öffentlichen Rechte)」である。<sup>(155)</sup>

G・イエリネクは、公権を、個人の国家における分岐たる地位に基づいて認められるものと考えて、個人の人格という具体的能力に基づく請求権であるとする。<sup>(156)</sup>そして、国家に対する国民の地位を①消極的地位 (自由権)、②積極的地位 (受益権)、③能動的地位 (参政権) の3つに分類し、公権として統一的にまとめあげた。G・イエリネクの公権理論の特徴は、公権の体系を個人の権利という観点からではなく、人格という資格に着目していることにある。<sup>(157)</sup>G・イエリネクも、ゲルバーと同様、私権との対比で、公権を理論づけようとするのであるが、彼が市民的自由を公権と位置付けることがで

きたのは、人格を上述のように三分類し、市民的自由を、民法における物権に対する妨害排除請求権とのアナロジーで把握したからである。市民的自由は、参政権とは異なり、国家との結合を概念しにくいものであるが、自己の所有地への妨害を防ぐ権利が民法上認められるのと類似して、個人は、自らの市民的自由への妨害を防ぐ権利が公法上構成されるというのである<sup>(158)</sup>。さらに、G・イエリネクによる3種類の国民の地位の公権概念への統一化には、国家権力が法の担い手であり、国民が法の客体としての地位にとどまっているという思想が残存する時代にありながら、国民の主体的地位を強化するための戦略概念として公権を人格に関連させて位置づけることで、公権を、放棄したり、譲渡したりできない国民の法的能力を承認するという実践的意図もあつたと解されている<sup>(159)</sup>。

このように、ゲルバー及びG・イエリネクによって、公権理論が国法学上に位置付けられた後、公権理論を行政法学にも基礎づけたのが、1914年のオットマール・ビューラー（O.Bühler）の著作である<sup>(160)</sup>。O・ビューラーは、行政訴訟により保護を受けることのできる国民の利益の範囲を画する概念として、特に反射的利益論と公権の区別に着目し、侵害的行政権力の発動に裁判上で対抗できる私人の自由領域を確保することを意図して、公権を「行政に対し物の給付または一定の作為・不作為を要求しうる人民の法的地位で、私的利益保護を目的とする強行法規により承認されたもの」と定義した。そして、取消訴訟における原告適格の範囲を画定する意図をもって、公権が成立するか否かの基準を、①強行法規性、②私益保護性、③国家に対する請求権能の附与性の3つにおいた。このビューラー三原則は、ドイツの判例・学説に大きな影響を与え、戦後バッフ（O.Bachof）が継承し、保護規範説として定着するものとなった。バッフは、戦後初期にあたる1968年の「職務行為の実施を求める行政訴訟（Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung）」と題するモノグラフィーの中で、義務付け訴訟を理論的に裏付けたことで著名である<sup>(161)</sup>。

公権理論とは、ドイツ固有の歴史の変遷の中で、個人を国家権力の客体から解放し、個人が国家に対して権利を有することを論証する試みであったと総括することができる。ボン基本法上で基本権が承認されて以降、基本権と公権との関係についても様々な議論がなされているが、パッホフが公権を消極的権利、参政権及び積極的権利に分類した上で、憲法上の基本権が公権の最も重要な要素だと述べていることからも分かるように、公権は、基本権よりも広い範囲をカバーする概念である。

この段階での公権は、例えば、自動車免許法や道路交通法といった行政法規が権利を明示していなくても、法全体の趣旨から、市民の「運転免許請求権」という公権が導かれるといった議論や、許可制を前提とする建築法の下で市民は、「建築許可を求める法的請求権」という公権を有するといった議論で用いられるようになっている。<sup>(163)</sup> 初期の公権理論は、市民が国家権力の客体たる地位から解放し、国家との関係においても、私人間であるのと同様に権利を有するのだという市民の法的地位の強化に注力していたのに対し、ボン基本法により、基本権が承認された現代のドイツにおける公権論は、行政裁判所の取消し・義務付け訴訟の訴訟要件の解釈および行政裁量に対する統制手段のための議論へと軸足をうつしていったものとみることができる。<sup>(164)</sup> 結局、公権論は、現代のドイツの学説においては、裁判所による許認可を巡る行政訴訟の場面で実践的機能を果たしている。<sup>(165)</sup>

## 第2款 排出枠の法的性質を公権と構成することについて

ドイツにおいて、排出枠を公権とする見解は、排出枠を、「国民たる私人が、国家に対して、1 二酸化炭素換算トンの温室効果ガスを排出する行為の許容を求めうる権利」とであると説明している。この公権は、一基本権にまで高めることが可能かどうかは議論の分かれるところであろうが— 自由権に分類されることになろう。許可制を前提とする建築法の下で、市民が建築許可を求める公権を有すると説明されるのと同様に、許可制をとる TEHG の

下でも、温室効果ガスを排出の許容を求める公権ということが観念されうるからである。もっとも留意が必要なのは、TEHG は、第 4 条にいう排出許可と、第 3 条第 3 項にいう排出枠を切り離して規定していることである。この点から、排出枠を公権と考えるかどうかの議論が分かれることになる。そして、たとえ、TEHG から、温室効果ガスの排出を許容してもらう公権が導き出されたとしても、この権利は、私人間で排他的な効力や支配的な効力が問題になるようなものではない。排出枠に公権を認めるか否かの議論は、実務的には、ドイツにおいては、排出枠の割当決定という行政行為に対する不服についての行政訴訟の問題に収斂していると考えられる。

日本における公権論は、行政訴訟の出訴人の地位の強化というよりも、権利の不融通性（放棄・譲渡・移転・差押・相殺・代理等の制限及び禁止）の議論でその特質があるという文脈で説かれてきたものであったし、さらに、公権一般について、権利の不融通性の理論を画一的に適用する考え方は、現在の日本では有益なものだとは考えられていない<sup>(166)</sup>。このような日本法の下では、少なくともキャップ・アンド・トレード制度の導入のために公権論を復活させる必要はないと考えられる。

もっとも、日本法のもとでのキャップ・アンド・トレード制度における排出枠の法的性質が、公権として構成されないということは、日本法の下で排出枠を巡る行政訴訟の問題が生じないということを意味するわけではない。第 2 章第 5 節で触れた「中間報告」では、制度対象者が自らの申告に基づいて割当てられた排出枠の数が過少であると不服がある場合には、自らが希望する数の割当処分が拒否されたととらえて、実際に下された行政処分の取消訴訟を提起する可能性を認め、原告適格についても認められるとしている<sup>(167)</sup>。

### 第 3 款 私権と考えることの意味

他方、排出枠を私権だと考えるか否かという問題は、排出枠を公権だと考えるか否か議論よりも、深刻な問題状況を提起しうる。

私権とは、個人が有する私法上の権利であるから、基本法第14条の財産権の保障が及ぶことになり、制度変更のときの補償の問題が現れてくることになる。これは、現実には、原子力法2002第7条に関し基本法第14条に基づく補償の問題が生じていることから明らかであろう。

第3章第1節で触れた通り、EU-ETS 自体が制度変更を予定していることからわかるように、キャップ・アンド・トレード制度を長期にわたって実施していくには、補償が問題になりえるより大掛かりなレベルでの制度変更の可能性が多々ありうる。その場合に、排出枠を私権であると構成するのには補償との関係で警戒を要する。

さらに、補償の問題に限られず、私権としての排出枠の内容が、ワグナーの指摘するように、物的な権利、すなわち、所有権あるいはそれに類似した物的な権利であるとされたときには、第三者によって侵害されたときには、妨害排除請求権や返還請求権を認めうるか、権利が侵害されたときには損害賠償をする必要があるかなどの問題も生じることを指摘しておきたい。

以上において、ドイツで排出枠の法的性質についての学説を整理してきたが、続く第4款では、これらのドイツの議論状況と日本における従来の状況との比較を試みる。具体的には、京都議定書に基づくクレジット（排出枠の一種を含む）の法的性質の議論および国内型キャップ・アンド・トレード制度導入に向けての検討会が2011年に公表した「中間報告」での排出枠の法的性質に関する議論の2つとの比較をしてみたい。現実には導入され、運用のなされている東京都条例による削減量取引制度も重要なものではあるが、第2章第4節で述べた通り、同制度は、対象事業者が実際に温室効果ガスを削減できた量に対して、事後的に都知事が譲渡可能性を与えているという点で、厳密にはキャップ・アンド・トレード制度ではないため、ドイツにおける法的性質についての議論との比較は割愛する。

#### 第4款 日本法における従来の状況との比較

# 1 温対法における「算定割当量」の法的性質との比較

第2章第2説で述べた通り、世界的にキャップ・アンド・トレード制度を導入したのが気候変動条約の下での京都議定書である。京都議定書に基づき、生成される排出枠（以下、京都クレジットとする）の法的性質については、同章第3節で概観したが、ここでは、京都クレジットの法的性質に関する日本の学説の状況にも触れながら、ドイツでの議論状況との比較を試みる。

日本においては、京都議定書に基づき生成され、国内で取引される排出枠については、温対法2006年改正でその法的性質を含め、議論がなされてきたところである。

京都議定書に基づき生成され、取引される排出枠（温対法において算定割当量と定義される）の法的性質については、最終的には動産類似の法的規律を及ぼすことが妥当とされたが（第2章第3説<sup>(168)</sup>）、経緯を丁寧に見てみると、単なる数値であると考える立場（1）、法律上の地位と解する立場（2）、債権であると考える立場（3）、物権であると考える立場（4）、動産と考える立場（5）が存在していたようである。

（1）温対法2006年改正前の排出枠である京都クレジットは、「単なる数値<sup>(166)</sup>」と解されていた。そもそも排出枠とは、大気が温室効果ガスを吸収できる許容量から算出した排出許容枠を分割した単位であり、それは数値で表現されるのであるから、「数値」であることは確かであるが、キャップ・アンド・トレード制度である以上は、譲渡可能性を付与しなければならないし、また、費用効率的な制度のためには取引を活性化させる必要性が大きく、取引参加者の法的予測可能性を確保するためにも、「単なる」数値として、法的に規律することには大きな問題がある。EU-ETS 指令は、定義条項である第3条第9項において、排出枠（アラウワンス）を、「特定期間に1 二酸化炭素換算トンを排出する割当量」としているの、排出枠を単なる数値と考える立場は、EU-ETS 指令には親和性がありうるが、そもそも EU は排出枠の法的性質を各構成国に委ね、ドイツは国内法において排出枠に権限

(Berechtigung) や権能 (Befugnis) という法的な定義を与えたのであるから、少なくともドイツにおいて単なる数値説はとれないことになろうし、また取引を活性化し、費用効率性の高い社会全体での温室効果ガスの削減を実現するという観点から日本で本格的な国内型キャップ・アンド・トレード制度を採用する際にも、「単なる数値説」をとることは望ましい整理ではないと考えられる。

(2) 次に温対法において算定割当量が導入される時期に、排出枠は「法律上の地位」<sup>(170)</sup> であると考える立場も存在した。その立場によると、排出枠を保有する意味は、条約・法律または契約等から生じうる不利益を回避することができるという点にあるのだから、排出枠の本質は、その排出枠を生成する制度上の「地位」と解するのが素直であると考えるのである。この見解によると排出枠は、「規制対象物質の排出を何らかの形で規律する条約、法律または契約上の地位が、細分化され、規制対象物質の排出量に対応した量的単位をとるものであって、これらの条約、法律または契約に従って譲渡性が認められているもの」<sup>(171)</sup> と定義される。総量削減義務を達成できなかった場合に制裁を科するというキャップ遵守に重きを置きつつ、譲渡可能性について配慮しているという意味で、ドイツの学説の中のコーベスやアダム・ミハエルらによる『排出取引ハンドブック』にみられる見解に親近性があるといえよう。

しかし、法律上の地位とする場合の難点は、法律上の地位と解した場合、それが公法上の地位であるときには、法律上の地位の移転に監督官庁の許可がいらないということをどのように考えるかという問題をどう解決するのかという問題<sup>(172)</sup>のほかに、譲渡可能性を付与して投機的な投資への誘因も積極的に与え、取引を活発化させるという制度の趣旨から考えると、「法律上の地位」という構成はとりにくかったものと考えられる。

そこで、温対法2006年改正当時の議論では、財産的性格を帯びるという構成を採用する必要性が認識されたが、その財産的性格が、債権としての性格



を有するという見解と、物権としての性格を帯びるという見解がありえた。

（３）このうち、まず、債権説とは、制度対象者は、排出枠を保有することによって制裁を免れうるという意味で、排出枠を、制度対象者が国に対して有する一種の不作为債権と解する立場のようである。この立場は、キャップ・アンド・トレード制度での大幅な制度改変の際の国による損失補償を企図しているが、排出枠を国に対する一種の債権としたからといって、補償の判断ができるものとは思われないと批判的に解するのが一般的である。<sup>(173)</sup><sup>(174)</sup>

日本における債権説は、国に対する請求権として解するという点で、ヴェルテンブルフの述べる公権説に一見すると近いように誤解されるかもしれない。ヴェルテンブルフは、排出枠について、有害物質排出を許容してもらうという公権であると述べているからである。しかし、ドイツにおいて、排出枠すなわち、「一定期間内における１二酸化炭素換算トンを排出する権能」が公権であるとしたときには、その権能が公法上の権利、すなわち、国との関係での権利であって、私権ではないということを意味する。排出枠は、オークションによって競売されるか（TEHG 第８条）、割当決定によってなされる（TEHG 第９条第２項）から、これらの行政過程に違法があった場合には、排出枠を保有する者は、自らの公権の行使として、不服を申立て、場合によっては、行政訴訟を提起することになる。ヴェルテンブルフの学説は、日本の債権説が漫然と述べるように、制度対象者に不利になるような制度変更があった場合に、損失補償してもらうことのできる権利として構成しているわけではない。

日本法においては、ドイツにおける公権の理論の前提を欠くので、ドイツで公権説に一定の説得力があったとしても、日本において債権説を肯定する根拠にはならない。また、日本において、国内型キャップ・アンド・トレード制度が導入され、排出枠が行政の決定によって割り当てられるとした場合には、排出枠の交付を受けた当事者が行政訴訟を提起できるかどうかは、行政事件訴訟法第９条の原告適格の問題であり、公権かどうかには拘泥する必要

は全くない。

(4) 他方、日本における物権説は、半導体集積回路の回路配置に関する法律における回路利用配置権や種苗法における育成者権のような無体財産権との比較を論じていた。<sup>(175)</sup>しかし、これらの無体財産権は、権利行使の妨害行為の差止請求、損害賠償請求等を認めることを意図して立法化されたものであるが、排出枠においては、差止請求や損害賠償請求といった排他的な私権性を及ぼす必要性はなく、これらの無体財産権を参考にして物権としての性質を認めるといった理由はないとされた。

物権であるとするという点について、ドイツの議論状況と比較してみると、ドイツにおいては、もともと土地に基礎づけられていた大気の利用権能が、排出枠に基礎づけられるようになったと述べるのはブルギのみであり、極めて異端である。多くの学説が躊躇しつつ指摘するのは、施設の許可、私権としての土地所有権及びその土地上の施設、設備がつながって、基本法上第14条の保障が及ぶという原子力法第7条に固有の議論と排出枠の類似性である。アダム・ミハエルらの『排出取引ハンドブック』は、原子力法上の残存発電量割当制度の分野は、土地所有権及び施設所有権という民法上の価値から直接に現実化される権能が論じられているのだが、キャップ・アンド・トレード制度においては、公共的な財産である大気の利用が論じられているから、両者を比較して論じるのは適切ではないとする。<sup>(176)</sup>大気は公共的な財産であることから、私権の対象にはなりえない点を指摘している点で、環境経済学の観点に忠実な注目すべき見解といえよう。このようにドイツの議論状況においては、排出枠の物権としての性格を導く考え方は、少数に留まり、また、ドイツ固有の法制度を前提にしているので日本法に与える影響は少ない。

(5) 日本の温対法2006年改正においては、結局、実際に取引される排出枠は、登録簿上で管理される無体物であり、証券の現物の発行されない社債等振替法の振替社債と類似した仕組みの中で取引されるという実務上の理由

から、動産類似の構成とされた。京都議定書という国際法の規定により生成されるため、他国の法制度との足並みをそろえるために最低限の手当てをするという法改正をするという実際上の背景もあったと考えられる。

このようにみえてくると、日本の温対法2006年改正が算定割当量の法的性質を明文は置かずに、立法経緯において動産類似と構成したことは、キャップ・アンド・トレード制度の理論的背景に拘泥するのではなく、排出枠の実際の取引状況に即した実践的なアプローチを採用したという点で環境政策上優れた決断だったと評価できる。

もっとも、本格的な国内型キャップ・アンド・トレード制度の導入の際には、京都議定書のような国際法に基づく排出枠の生成根拠がないため、国内法において、排出枠の発生や取引について規定を置く必要があり、それらの規定は国内法と整合性のとれたものでなければならない。そのような観点から、実際の制度化は見送られたが、国内型キャップ・アンド・トレード制度導入のための検討会が公表した報告書（中間報告）が、排出枠の法的性質について、温対法2006年改正時の算定割当量の法的性質とは異なる結論を導き出したことが注目される。将来、日本が国内型キャップ・アンド・トレード制度を導入する際には、この「中間報告」が、1つのプロトタイプとして参照される可能性が高いため、本章第2節及び第3節で得られたドイツの学説状況との比較を通じて、「中間報告」の示した排出枠の法的性質の定義付けの評価を試みておくこととしたい。

## 2 国内型キャップ・アンド・トレード制度導入検討時の「中間報告」との比較

「中間報告」は、国内型キャップ・アンド・トレード制度を導入する際に、排出枠とは、民事法上の「特殊な」無体財産権であると構成されることとした上で、その無体財産権としての内容は、①事業者が政府に排出権の譲渡をすることという手段によって温室効果ガスが排出でき、かつ、②第三者にも排出権の譲渡ができる、という2点に限定されるという結論を導いてい

(177)  
る。

これは、排出枠に私的財産権としての性質を与えるという帰結である。ドイツの学説においては、排出枠は、私的財産権としての性質を有するという学説は極めて少数に留まっていた。しかも、その少数の見解で論じられる私的財産権としての性質は、原子炉の操業に対する期限付きの許可と、事業者が有する土地所有権や機械設備が結合して、はじめて、事業者の利用権能が実現するという意味で特殊な所有権であるという原子力法の下での比較をするという極めて、特殊ドイツ的な議論であった。ドイツにおいては、排出枠を権利として構成するとしても、それは、国家との関係で、温室効果ガスを一定程度排出することを認容してもらい、法令に定める基準以内の排出であれば課徴金を免れるという内容の公権であるという説のほうが有力である。

しかし、日本においては、公権概念は既に過去のものとなっており、国内型キャップ・アンド・トレード制度の導入にあたり、公権だとする考え方をあえて導入する必要はない。キャップ・アンド・トレード制度においては、国家が法令の定めに従って、定めた数の排出枠を無償または有償で割当てるという行政行為がいずれにせよ、必要であり、ドイツの行政裁判所法第42条第2項が、行政行為を争うことのできる原告適格について、「法律に別段の定めがない限り、行政行為、または行政行為の拒否あるいは不作為により『権利』を侵害されている旨を原告が主張する場合にのみ、訴えは許容される」と定めているため、ドイツでは排出枠が公権であることが行政訴訟との関連で意味を持つものに対し、日本は、行政訴訟の出訴にあたり、法律上の利益のみを要求するため（行政事件訴訟法第9条第1項）公権論を輸入する意味はないのである。

もっとも、このことはドイツにおける排出枠の法的性質の議論が無益であるということの意味しない。まず、ドイツでは、排出枠を「権能」とし、権利と考えるかどうか争いがある状況である。排出枠について、権利性を正面から問題とし、排出枠に私権性を与え、基本法14条の財産権の保障を及ぼす

ことについて疑問を呈し、公権に留まるとする見解が多数説となっているドイツの状況は、温室効果ガスを排出する行為は権利なのかという素朴な疑問に忠実に向き合い、議論を尽くした誠実なものであると評価できよう。そして、権利性を疑問視することで、制度変更時における補償を要する場面を少なくできているということは、日本における国内型キャップ・アンド・トレード制度においても参考になる点である。キャップ・アンド・トレード制度において、制度変更時の補償の問題への考慮は非常に重要である。キャップ・アンド・トレード制度の発祥地であるアメリカ合衆国の二酸化硫黄削減プログラムにおいては、補償問題を回避する目的のために明文で「排出枠は財産権を構成しない」とされ、それは気候変動についてのキャップ・アンド・トレード制度法案であるリーバーマン・ウォーナー法案にも引き継がれている。

「中間報告」は、民事上の無体財産権としての排出枠の法的性質は、①「一定量の排出ができる、すなわち、正確には、それを国に対して譲渡することにより償却義務を履行することができること」にあると述べるが、これは、ドイツにおける排出枠をめぐる学説における公法説の発想と同様の発想に近い。公法説はキャップ・アンド・トレード制度の本質を、排出枠の提出・償却義務におくからである。

日本では、排出枠の法的性質が有すべき本質は、「国家が法令の定めにしたがい、決定した量の排出は、国に対し、排出枠の提出義務を果たすことを前提に、許容されていること」及び「排出枠は第三者に譲渡可能である」という2点に限定することを中間報告は強調しているが、これは、日本では、排出枠を私法上の財産権として構成せざるをえないためである。日本において、キャップ・アンド・トレード制度を導入する際の法的性質を私法上の財産権として定義づける際に、ドイツの法的性質の議論においては、排出枠を私権としておらず、権利性を認めるものであっても、公権にとどまるという点は、財産権の内容を限定的に定義づけるときの援用材料として大いに参考

にされると考えられる。

### 第5款 小 括

本章においては、TEHGにおける排出枠の法的性質を巡る学説と、日本の従来の議論状況の比較を試みた。

前款では、排出枠の取引市場で排出枠の価格が乱高下した場合、あるいは、予期せぬ事態により制度変更が生じた場合に、国家が市場に介入できる法制度にしておくことという要請があることから、制度変更時の補償をなるべく回避するために排出枠の法的性質を定義する際に私権としての効力の付与に対する懸念を説明し、ドイツではその懸念が少なくできていることが明らかとなった。

このような排出枠の法的性質をどのように位置づけるかという理論上の問題に関連して、日本法の下では、排出枠を私法上の財産権として構成せざるを得ないがために、排出枠の財産権性に纏わる諸問題が生じる。たとえば、私法上の財産権である以上は、権利質に代表される質権、譲渡担保といった資金調達目的で排出枠を利用できるのかという問題や、排出枠保有者の債務の強制執行の際の責任財産として排出枠の位置づけ、排出枠保有者の破産の際の破産財団における排出枠の位置づけといった問題がまず想起される。また、排出枠が、キャップ・アンド・トレード制度という政策によって生成された財産権であることとの関連で、一度政府が交付決定をした一種の財産権である排出枠を、政策目的で事後的に政府の元に取り戻すことができるかといった問題（以降、排出枠に対する事後調整措置の問題ということがある）も生じる。本稿では、これらのすべての問題点を網羅することはできないが、排出枠に対する質権の設定の可否の問題及び排出枠に対する事後調整措置の問題を排出枠の財産権性との関連で扱いたい。

## 第5章 排出枠の法的性質に関連する制度上の論点

### 第1節 排出枠に対する質権の設定

#### 第1款 ドイツにおける排出枠に対する質権の設定について

排出枠の法的性質が、公権であれ、法律上の地位であれ、排出枠には TEHG 上、明文で譲渡可能性が付され、経済価値を帯びるため、排出枠は保有する者のための「財産」となる。したがって、排出枠を担保に供することや、排出枠保有者の債権者が強制執行する際に排出枠が一般財産を構成するかどうか等、排出枠が「財産権」性を有することの議論はドイツ法の下でも生じている。TEHG は質権の設定等、排出枠を担保に供することや、民事執行との関係については明文をおいていない。本稿では、これらの問題の中でも特に排出枠に対する質権の設定の可否について、若干の議論を試みる。

TEHG が効力を持つ前から、排出枠に対する BGB 第1273条及び第1274条に基づく権利質の設定の可否が論じられていた。<sup>(179)</sup> 環境法学者の見解は、排出枠に質権を設定することに否定的なものが多く、排出枠に質権を設定できないと考えるのが支配的見解といえる。<sup>(180)</sup> 排出枠に質権を設定できないと考えられている決定的な理由は排出枠取引登録簿が質権登録用の項目を用意していないことにある。

ドイツにおいては、BGB 制定前に権利質の法的性質につき、権利質は権利譲渡の一種であるとする権利譲渡説と、質権の設定は権利を譲渡するものではないとする権利目的説が対立していた。そして、ドイツ民法は、その制定時に、1273条において「権利もまた質権の目的とすることができる」と定め、権利譲渡説ではなく権利目的説が採用された。<sup>(181)</sup> したがって、質入れの対象となる権利は、質入れにより、質権者に譲渡されるわけではないという点が明確になった。もっとも、権利質の設定は、目的たる権利の権能の一部移転を含みうるとの理解から、1274条1項1文は、「権利質の設定は権利の譲

渡に関する規定に従」わなければならないと規定している。<sup>(182)</sup>この点は、日本の民法の権利質の規定には存在しない要件である。

排出枠の取引においては、譲渡は合意と排出枠取引簿への登録によって生じるため、「権利質の設定は権利の譲渡に関する規定に従」わなければならないという BGB 第1274条のもとで、排出枠に質権を設定するのであれば、質権の設定について、その旨の合意と排出取引登録簿への質権の登録が要求されることになる。しかし、排出取引登録簿には、排出枠に対する質権の登録が予定されていない。このことを理由に、ほとんどの学説が排出枠に対する質権の設定に否定的であることは前述したとおりである。

これに対して、民法学者による見解では、排出枠に対する質権の設定に肯定的なものがある。例えば、ヴェルテンブルフは、排出枠が、それを保有する者にとっては、処分が自由な財産を構成していることを根拠に、排出枠についても差押えができるのと全く同様に質権の設定は許容されているとし、ヴェルテンブルフが論文を執筆した時点での旧 TEHG が、排出取引登録簿に関する第14条第1項第2文において、排出取引登録簿は、「排出枠の口座を含むとともに、処分の制約を示す」という規定をおいていることを根拠として、排出枠に質権を設定する登録は可能だという解釈を示している。<sup>(183)</sup>もっとも、ヴェルテンブルフの援用する旧 TEHG 第14条第2項は、排出取引登録簿における排出枠保有者の口座が、旧 TEHG 第17条の報告義務違反の制裁として凍結された場合に、その口座から排出枠を取引できなくするという意味での「制約」が想定されていたものである。<sup>(184)</sup>ヴェルテンブルフの指摘は、立法経緯上は無理がある指摘と言わざるをえない。さらに、2014年7月時点での TEHG は、排出取引登録簿に関する規定を簡素化し、EU の登録簿規則<sup>(185)</sup>に多くを委ねたため、現行法の下では、ヴェルテンブルフの見解を維持することはさらに困難になっている。

さらに、排出枠が、財産的価値を有するといっても、排出枠は毎年政府に提出することによって消滅するものであるため、長期にわたる資金調達のた



めの担保手段としては限定的であると指摘しているものが注目される。<sup>(186)</sup>

財産法上の観点からは、排出枠について、それが公権なのか、あるいは、法律上の地位にすぎないのか等の法的性質は措いて、明文で譲渡可能性が付され、財産的価値を持つものとして構成されている以上は、保有者は排出枠を質にいれることができるという理論に正当性があるようにも思える。他方で、キャップ・アンド・トレード制度の本質からすると、排出枠は、市場に出回り、活発に取引されることによって、制度目標が達成されるのであるから、制度対象者やその債権者の手元に質権の対象として長く保有されるような状況は政策的に好ましくない。政策決定者が、現に排出取引登録簿に質権の登録の項目を用意していないことから分かるように、温室効果ガス排出削減目的という極めて政策的に生成された財産的価値であるという特殊性に鑑みて、質権の設定は不可能であると考えたほうが好ましいという見解に説得力があるといえる。

## 第2款 日本における議論状況との比較

上述したように、日本法の下では、排出枠は、私法上の財産権として構成せざるをえないため、質権の設定の可否については、ドイツ法の下での議論より、さらに深刻な論争を生む可能性がある。

日本法のもとで排出枠に質権を設定するか否かの論争となる第1点は、財産権性を認める以上は、質権の対象になるという理論上、実務上の要請が生じることである。この点は、ドイツ法のもとでの議論と同様であるが、日本の民法は、第362条第1項において「質権は、財産権をその目的とすることができる」と定めており、同項にいう「財産権」とは、債権、株式、無体財産権、不動産物権など多様なものを含み、譲渡性のある権利は権利質の対象になると解されている。排出枠を第三者への譲渡という手段で交換価値を実現する財産権としながら同時に、排出枠の交換価値を把握するための権利質の設定を禁止するのであれば、立法上の禁止規定を置くことが望ましい。

すなわちドイツ民法と異なり、日本の権利質の規定には、「権利質の設定は権利の譲渡に従う」という要件がないため、排出枠取引口座簿に質権用の項目が設定されていないことを理由として、質権の設定は不可能であるという説明ができず、対抗要件の問題はなお残るとしても、当事者間の合意のみで質権の設定が可能だという解釈も成り立ちうるという点がある。その観点から、質権の設定を許容するのか、禁止するのかの政策的な決定をあらかじめ行い、許容するのであれば、排出枠の質権設定のための登録が効力発生要件なのか、対抗要件なのかを含めて、立法上の整理をすることが必要であろうし、質権を禁止するのであれば、禁止する規定を置くことが望ましい。

キャップ・アンド・トレード制度における排出枠とは、そもそも、毎年制度対象者に交付され、年度ごとに管轄官庁に提出し、償却するか、あるいは、自らに与えられた削減義務を超えて余らせることのできた排出枠は第三者に売却することを前提としているものである。排出枠は、資金調達目的として質権者に代表される担保権者の手元に長く保有されることは望ましくなく、市場に活発に出回らせることによって、制度目標が実現されるものである。このような政策的見地から、排出枠への質権の設定を禁止する見解は、<sup>(188)</sup> 温対法2006年改正の際にも採用され、また、ドイツ法の下でも、質権の設定を否定する見解が環境法の立場から有力に主張されているのは既にみた通りである。

このような政策的観点から、日本で気候変動対策としての本格的なキャップ・アンド・トレード制度を導入する場合には、温対法第36条の先例に習い、排出枠に対する質権の設定を禁止する規定を置くことが適切だとする見解が<sup>(189)</sup>「中間報告」でも導かれている。

気候変動のためのキャップ・アンド・トレード制度は、国境を越えた取引が数多く行われることも前提としており、日本が同制度を導入する場合には、EU-ETSとの整合性も問われるであろうところ、EU-ETSの主要プレイヤーであるドイツが排出取引登録簿への登録を理由に、質権の設定を現在

のところ行わない前提にしていることも、日本において、排出枠への質権の設定を禁止しておく援用材料となると考えられる。

### 第3款 小 括

以上で、排出枠に対する質権の設定について、ドイツの法律の規律及びそれに対する学説の解釈について紹介し、日本で問題となるべき点との関連を論じた。

キャップ・アンド・トレード制度固有の要請から、制度設計時に選択を迫られる論点として、排出枠の差押え可能性を巡る問題や、排出枠を保有する事業者が破産した場合の排出枠の取扱いなど、排出枠の民事的規律を巡る論点は数多く存在するが、それらの分析については他日を期したい。第2節では、排出枠に対する事後調整措置の議論について財産権性との関連で検討を試みる。

## 第2節 排出枠に対する事後調整措置を巡る議論

### 第1款 EU-ETS 第1次フェーズにおける事後調整措置をめぐる議論

#### 1 序

キャップ・アンド・トレード制度を創設するためには、制度に基づき排出枠を生成し、それを制度対象者に公平に割り当てていく作業が必要となる（初期割当）。この割当を巡っては、そもそも有償割当とするか、無償割当とするのか、無償割当とした場合に割り当てる排出枠の数の計算根拠として、グラントファザリング方式によるのか、ベンチマーク方式によるのかなど、多くの政策オプションが存在し、活発な議論がなされるところである。本稿では、割当をめぐるオプションの中でも、排出枠を政府が事業者に一度割り当てる決定をしたのちに、政策的な理由により、政府に取り戻せるかという排出枠に対する事後調整措置の問題を財産権性の問題との関係で論じてみたい。この問題は、第1次フェーズのドイツが国内法において事後調整措置を

採用し、欧州委員会が事後調整措置に強く反対したことから、欧州司法裁判所の判決にまで発展したものである。

## 2 事後調整措置を巡るドイツと欧州委員会の対立

(1) EU-ETS の第1次フェーズでは、排出枠は、95%について無償で割当てられることとなっており (EU-ETS 指令第10条第1文)、無償割当方法の詳細なルールについては、各構成国が定め、欧州委員会にあらかじめ通知し、その内容について、欧州委員会が、同指令第23条にて定める委員会によって検討されることとなっていた (同指令第9条第2項)。欧州委員会は、構成国の定める割当ルールが、EU-ETS 指令の附属書が定める割当ルールについてのクライテリアに違反する場合か、第1次フェーズにおけるアラウワンスの無償配分は95%までとするというルールに違反する場合にのみ、構成国の定める割当ルールを棄却することができるものとされていた (同指令第9条第3項)。

第1次フェーズのドイツは、割当ルールにつき、様々な事後調整措置の規定を含む複雑な割当ルールを策定していたが (ドイツの国別割当計画の詳細を定める法律2007 [ZuG 2007])、欧州委員会は、2004年7月7日に、コミュニケーション文書<sup>(190)</sup>を<sup>(190)</sup>発表し、事後調整措置は、たとえ、それが最終的にEUのキャップを減らす下方修正措置であったとしても、EU-ETSの対象となる事業者にとって不確実性をもたらし、投資判断及び取引市場に弊害となるとして、ドイツの割当ルールに基づく割当計画を棄却した<sup>(191)</sup>。

## (2) ZuG2007に定める事後調整措置の内容

欧州委員会が問題視し、棄却した事後調整措置を含む ZuG2007の規定は非常に複雑であるが、3つのパターンに大別することができる<sup>(192)</sup>。

1つめのパターンは、ベンチマーク方式に基づく割当により排出枠の過剰割当が生じることへの懸念に対処するための事後調整措置である。ZuG2007は、割当についての基本ルールとして、2002年12月31日までに稼働した既存施設については、過去の稼働実績に基づき、割当てる排出枠の数を算出する

グラントファザリング方式を採用していたが、過去の稼働実績のデータが存在しない施設については、事業者にどれくらいの稼働が予定されているかについて事前に申告させ、その申告に基づき、割当てる排出枠の数を決めるというベンチマーク方式を採用していた。ベンチマーク方式による場合、事業者が多めに稼働予定量を申告することにより、排出枠の交付数が過剰になってしまうのではないか、というのがドイツの懸念であった。

そこで、ZuG2007は、事業者の事前の申告による設備の稼働量より実際の稼働量が少ない場合には、排出枠の交付の撤回をし、排出枠を事業者から返還させるという規定を設けた（ZuG 2007 第8条第4項、同第11条第5項、同第10条第4項第2文）。

これらの施設については、排出努力により排出枠の余剰が生じた場合にのみ売却して利潤を得ることを認め、経済状況の変動などにより、たまたま稼働量が減った結果として温室効果ガスの削減も減り余剰となった排出枠については政府のリザーブに返還させるという非常に厳しい規定を置いたのである。

事後調整措置の2つめのパターンは、設備が閉鎖された場合に関連するものである。まず、施設の稼働が中止された場合には、割当てられるべき排出枠の総量が既に決定されていても、その決定を撤回するという規定である（ZuG 2007 第9条第1項）。施設が恒常的に稼働することを前提に、割当てる排出枠の総数を計算しているのであるから、途中で、施設の稼働を中止し、撤退したというような場合には、排出枠の償却は不要となり、割当ても不要であるという前提である。さらに、この設備の閉鎖ルールと関連して、ZuG2007は、施設が稼働量を減少させて、実際の温室効果ガスの排出量が、基準期間の平均排出量の60%を下回った場合には、事業者は、翌年に、減少した分の排出枠を返還しなければならないという規定も設けた。（ZuG 第7条第9項）。これは、老朽施設を閉鎖すると排出枠の返還義務が生じるため、既に交付を受けた排出枠のためだけに引き続き操業をするというインセ

ンティブを与えることを避けるために設けられたものである。<sup>(193)</sup>これは、設備閉鎖みなしルールと称することができる。

一般的に、キャップ・アンド・トレード制度における初期割当のあり方として、閉鎖施設に対する事後調整措置をすることについては、賛否両論がある。施設が閉鎖されたのだから、不要になった排出枠は返還してもらうという考え方は、キャップ・アンド・トレード制度を汚染物質の削減を是とする制度だと理解する立場からは正当化しやすい。しかし、施設を閉鎖すると割り当てられていた排出枠に返還義務が生じる旨の規定があると、事業者は、施設は閉鎖せずに、操業率を低く抑えて、排出枠を保持しつづけるようとする。このような事業者の心理を回避するために、低い操業率を示している施設は、閉鎖したものとして、同様に排出枠を返還させるという設備閉鎖みなしルールも合わせて必要になってくると考えたのである。<sup>(194)</sup>

事後調整措置の3つ目のパターンとして、細かな点であるが、コジェネレーション施設へのインセンティブの付与のために追加的な特別割当が行われる規定が存在していたことと関連して、コジェネレーション施設に対しては、実際の発電量が、割当てられた排出量より少ない場合には、割当決定を撤回し、排出枠の返還義務を科するとした規定がある(ZuG 第14条第5項)。

これらの事後調整措置のうち、欧州委員会は、設備の閉鎖のときに事後調整措置をすることとした ZuG 2007 第9条第1項については問題ないとしたが、その余の事後調整措置については棄却決定を行っている。この棄却決定を不服としてドイツは欧州司法裁判所に提訴した。判決の内容を紹介する前に排出枠に対する事後調整措置をドイツが国内法上どのように構成していたかを紹介する。

### (3) 事後調整措置の法的構成

以上の事後調整措置は、設備閉鎖みなしルールである ZuG 第7条第9項によるものを除き、ドイツの行政法にいう目的拘束的給付行政行為の撤回として構成されている。<sup>(195)</sup>目的拘束的給付行政行為の撤回では、裁量によって遡

及効を付すことができ、行政行為の相手方への補償の必要もない。たとえば、連邦が環境適合的な設備に入れ替えるという目的で、企業に資金助成を行ったが、事後的に、当該企業が、他の目的で資金を利用しているような場合に、連邦は資金を返還させようとするであろう。この資金助成の交付が目的拘束的給付行政行為の例である。目的拘束的給付行政行為の撤回は、主として連邦による助成金の交付決定を撤回する場面において、遡及効を持たせないと、撤回をしたとしても、実際に交付された助成金の返還を求めることができないという状況に直面し、立法化されたものである。<sup>(196)</sup> 遡及効をもたせることによって、目的拘束的給付の目的に沿った利用の履行確保を促すという効果も指摘されている。<sup>(197)</sup> 本稿の問題関心から重要であることは、排出枠に対する事後調整措置が、遡及させることができ、補償は不要となる目的拘束的給付行政行為の撤回として理解されていることにある。そもそも目的拘束的行政行為とは、連邦による助成金を含めた広義の社会給付の大部分、育英奨学金などの交付目的に拘束された助成を一般的に指す。<sup>(198)</sup> 排出枠の交付決定を目的拘束的給付行政行為と理解しているということは、排出枠の交付を、制度対象施設への助成の一種と解していることになる。「温室効果ガスを排出する権能」たる排出枠を土地所有権あるいは土地の利用権能に付随する権能であり、事業者の私権であると解する立場からは、排出枠の割当を、目的拘束的給付行政行為とみることは難しい。ドイツで、排出枠の割当が、目的拘束的給付行政行為、すなわち、排出枠の提出または償却という法律上確定された目的に拘束された一種の助成であると考えられているということは、本稿の問題関心から特に強調しておきたいことである。

### 3 欧州司法裁判所の判決

ドイツは、上述した欧州委員会による棄却決定を不服として、その取消しを求め、欧州司法裁判所に提訴した。<sup>(199)</sup> 訴訟においては、EU-ETS 指令、同指令附属書Ⅲに定めるクライテリア及びその他の EU 法令により、事後調整措置が禁止されていると解釈することができるかどうか争われ、結論にお

いては、ドイツが勝訴している。EU-ETS 指令及び附属書Ⅲに定めるクライテリア及びその他の EU 法令上、事後調整措置を EU 法が禁止していることを欧州委員会は立証できなかったという判断である。本稿の問題関心は、キャップ・アンド・トレード制度一般にとって、ドイツの事後調整措置はどのように環境政策上評価されるのかという点及びある種の事後調整措置をとることが政策上好ましいとして、事後調整措置を採用することと財産権性との関係の問題を論じることにあるため、EU 法固有の分析は割愛し、政策的な観点からの指摘を示すに留める。

### (1) ドイツの立場

ドイツが、ZuG2007の諸規定に基づく排出枠に対する事後調整措置を正当化する政策的根拠は、以下の4点にある。第1に、理論的には施設の稼働が増加した場合には、排出枠を追加的に割り当てる上方修正型の事後調整措置もありうるところ、ZuG2007の予定している事後調整措置は、全て事業者から、排出枠を返還させる下方修正型の事後調整措置であり温室効果ガスの排出削減に資するものであるという点である (para.34)。第2に、事後調整措置は、ベンチマーク方式による割当の場合の予測量に誤りがあった場合に誤りを正す方法として有用であるという点である (para.62)。第3に、事後調整措置があることによって、特に温室効果ガスを大量に排出する石炭火力燃料施設のリプレイスへの投資判断に明確性を与え、排出枠の売買市場の機能を効率的に調整することができるという点である (para.63)。すなわち、事後調整措置があるという可能性が、事業者の排出枠の売買に関する意思決定を設備の効率性に直結させ、新施設のために未使用としておいた排出枠を使い切ることにかからしめるというのである。第4に、欧州委員会が、事後調整措置によって政府に返還された排出枠をリザーブに入れることが、新規参入者の投資決定に影響を与えるため好ましくないと主張していることについては、ZuG2007第6条第3項は、リザーブを放出する場合には、国家に購入義務を課しているから、新規参入者の投資決定は不確実とはならず、事後調



整措置の結果リザーブに保有される排出枠の量が増えることは、国家の購入義務がきつくなりすぎないような効果も有すると反論している（para.63）。

## （２）欧州委員会の再反論

欧州委員会が、事後調整措置について棄却したのは、事後調整措置の規定が存在していることによって、市場の投資判断に不確実性がもたらされ、市場メカニズムが害されるという点にあったが、本件訴訟におけるドイツの反論に対する欧州委員会の再反論は、主として次の３点にある。

第１に、ドイツの事業者の過剰な生産量の申告の可能性がある限り事後調整措置は誤った割当の修正のために必要であるという主張について、誤った割当を修正するタイミングは、割当決定よりも前に十分存在するのであるから、ドイツが事業者に生産量について申請させた後に、速やかに調査するなどして、誤った割当を修正すればよく、誤った割当を正す方法は、事後調整措置だけには限らないと再反論している（para.68）。他の構成国の中には事後調整規定を含まない国も多いのだから、事後調整措置がなければ正しい割当ができないというドイツの主張は受け入れられない。第２に、下方修正型の事後調整措置は、温室効果ガス排出を減少させるという意味で、環境政策上望ましいものであるという主張に対しては、ドイツのそのような主張が成り立つのは、排出枠に対する需要がない状況下で（排出する予定の排出枠はすべての事業者が満足に有しているという前提で）、リザーブに余裕があり、かつ、排出枠が取り消されるという条件を満たす場合のみであって、事後調整措置を実施した結果、事業者から取り戻した排出枠をリザーブに入れるというドイツの制度設計のもとでは、ドイツの反論は成り立たないとしている（para.69）。ドイツの事後調整措置は、事業者から取り戻した排出枠はリザーブに入るため、排出枠の総数は変わらず、その意味で環境政策の観点、すなわち、温室効果ガスの削減の観点からは、特に環境に良いわけではなく“ニュートラル”であるが事後調整措置の規定があることによって、排出を減らせば排出枠を売ることができるから削減しようという意欲を削ぐ

ものである。(para.69)。第3に、この点が最も政策的には重要な点であるが、事後調整措置によって排出枠が政府の元に取り返されるかもしれないという懸念によって、温室効果ガスの削減に貢献するクリーンエネルギーへの投資を削ぐことにもつながりかねないという(para.74)。

### (3) 欧州司法裁判所の判断

欧州司法裁判所は、EU-ETS 指令、同指令の附属書Ⅲのクライテリア及び、構成国の割当ルールの策定を支援するコミュニケーション文書<sup>(200)</sup>から、排出枠の割当を下方に修正する事後調整措置を禁止しているかどうかの規定はEU法では欠けていると判断せざるを得ないとした(para.118,para.158)。

もっとも、環境政策上興味深いのは、欧州司法裁判所が、EU-ETS 指令の主目的を温室効果ガスの削減であるとし、費用効率的な削減やエネルギー効率の良い技術への投資の促進はEU-ETS 指令の副次的目的と解し(para.124)、事後調整措置は、これらの目的間の調整の手段として正当化されるとした点であろう(para.136-147)。

### 4 本判決に対する分析およびその後のドイツの割当方法

本判決で事後調整措置が許容された結果、約700の事業者に対し、1,500万トン<sup>(201)</sup>の排出枠の返却を命じることができたことになったという。それだけ、実務的なインパクトの大きい係争であったといえよう。施設の稼働が中止された場合を含め、事後調整措置を行うことについて、環境経済学の観点からは、投資の確実性を損なうため、好ましくないとされる<sup>(202)</sup>。欧州委員会の立場は環境経済学の観点に忠実なものであったといえる。

それにもかかわらず、欧州委員会の言い分を是とするようないい口ぶりもあったにもかかわらず、欧州委員会の棄却決定が取り消された理由の1つには、欧州委員会が棄却決定を取り消す必要がないことの立証責任を負っていた<sup>(203)</sup>というEU法上の大きなハードルがあった。

実際に、本判決でドイツは勝訴したにも関わらず、欧州委員会は設備の閉鎖の場合を除き、事後調整は許容しないという姿勢を貫き続け、第2フ

エーズの割当ルールを定めるドイツの国内法では ZuG2012は、事後調整措置を、欧州委員会が問題なしとしている施設の閉鎖の場合に限定したほか（ZuG2012第10条）、割当方法を簡素化した。

本判決は、EU-ETS 指令の目的間の調和の観点から、事後調整措置を正当化したが、キャップ・アンド・トレード制度における①費用効率性のよい削減という要素及び②温室効果ガスの排出のより少ないクリーンエネルギーへの投資を誘引する機能を軽視しすぎているきらいがあるといわざるをえない。①費用効率性のよい削減は、キャップ・アンド・トレード制度のキャップ（排出総量の削減）の確保と並ぶ制度の特徴であるトレードにより達成可能なものであり、排出削減に莫大な費用のかかる気候変動対策でこの要素を軽視することには相当慎重でなければならない。また、②温室効果ガスの排出のより少ないクリーンエネルギーへの投資を誘引できるというのも、キャップ・アンド・トレード制度の中核的エッセンスの1つである。そして、EU-ETS 制度全体は、少なくとも第1次フェーズにおいては、このような制度理念を貫くことを全面に打ち出し、戦略的リザーブなど政府の介入を予定することなく、市場メカニズムを信頼し、市場の機能にゆだねることにより、費用効率性のよい削減を達成する制度設計となっていた。

これに対し、ZuG2007は、新規参入施設については、申告された稼働予定量よりも稼働量が少ない場合には余剰になった排出枠を返還させ、また、既存施設についても、実際の排出量が60%を基準年の温室効果ガス排出量の60%を下回る場合にも余剰となった返還を義務づけるという点で、規制的色彩を帯びていた。余剰となった排出枠については、それが稼働量の減少に起因するものか、事業者の削減努力によるものかを問わず、それらを市場に売り出すことによって、バランスのよい削減が達成されるというのがキャップ・アンド・トレード制度の理念であり、また欧州委員会はそれを重視していたのである。

EU-ETS 指令の構造や構成国としてのドイツの裁量といった法律論を措

くとしたならば、環境経済学上の初期の理念型としてのキャップ・アンド・トレードを良しとする立場からは欧州委員会の主張が正当化されようし、実際ドイツも ZuG2012では、欧州委員会の方針に従って、設備の閉鎖の場合以外は、事後調整措置を行わないこととしている。キャップ・アンド・トレード制度の発案者であるデイルズは、政府は、排出枠取引市場におけるブローカー<sup>(204)</sup>の役割を果たすべきとしていた。政府は排出枠取引市場における価格の乱高下などの問題について、排出枠を売り買いすることで調整する役割を果たすものとされていたのである。

ZuG2007のように、排出枠を事後的に政府に返還させるという考えは、少なくとも初期の環境経済学的アプローチには存在していなかった。事後調整措置を実施することが、ベンチマーク方式による場合の稼働量の申告に誤りがあったときに修正する手段になるというドイツの主張に対しては、事後調整措置を実施することで、かえって事業者に稼働予定量の申告において多めに申告しておこうというインセンティブを与えうるという反論がある点も見<sup>(205)</sup>過ごされてはならない。事業者の申告の正確性は他の手段で確保すべきであろう。また、キャップ・アンド・トレード制度の理念型においては、無償割当は制度の社会的受容性を高めるときの過渡的手段であり、早期に有償割当に移行し、このような複雑な行政上のルールを回避することは、環境経済学の観点から極めて重要な要請である。

もっとも、欧州委員会も問題視していないため、判決には現れておらず、またドイツが ZuG2012にも残した設備の稼働中止の際の排出枠に対する事後調整措置の実施は政策設計上判断の分かれ目となる。

## 第2款 日本法への示唆

### 1 事後調整措置をとることの是非

ZuG2007が規定していた事後調整には様々なバリエーションがあるが、いずれも、ドイツは下方修正型の事後調整措置のみ認めるものとし、事業者に

保有させる排出枠をなるべく少なくすることで、温室効果ガス削減というキャップ・アンド・トレード制度のキャップ（総量削減）確保に、相当注力していたことは、温室効果ガス排出を削減するための制度設計に相当配慮していたことを示しており、規制が好ましいという立場からは評価されうる側面もないではない。他方で、欧州委員会の立場から明らかなように、排出枠市場における投資を誘引するというトレードの観点からは、ドイツの立場に異論があることは、これまで見てきた通りである。

そこで、本款では、将来、日本が気候変動のための本格的な国内型キャップ・アンド・トレード制度を導入する際に、ZuG2007が定める事後調整措置<sup>(206)</sup>をとることの是非を考えてみたい。

まず、1つめのパターンである事前申告に基づく割当を行う新施設への事後調整とは、事前に申告された稼働予定量を実際の操業量が下回り、余分な排出枠が生じた場合には、政府に返却させ、リザーブに入れるというものであった。これは、削減努力によらず、稼働量の減少による排出枠の余剰については、売却による利潤の獲得を許容しないというものである。削減努力の結果、余剰を生じさせ、その余剰を売却することで、削減インセンティブを付与するというのがキャップ・アンド・トレード制度の本来的な発想であるため、ZuG2007の事後調整措置の発想は理解しがたいものではない。他方で、事業者が稼働量を減少させることによって余剰を生じさせ、他社に売却したいという要請を禁止する根拠もまた乏しいと考えられる。事業者の虚偽や誤りに基づく稼働量の申立を防止するために必要であるというのがZuG2007のもとでのドイツのスタンスであったが、稼働量の申立の正確性は、申立に虚偽があった場合の罰金を強化するなど、別の方法で確保されることができるし、また確保されるべきであり、実際の稼働量から余剰が生じた排出枠を返還させるというのは、将来、日本が気候変動のための本格的なキャップ・アンド・トレード制度を採用する際には、先例にすべきでないと考えられる。

判断が分かれうると考えられるのは、2つめのパターンである設備の閉鎖の場合の事後調整である。欧州委員会も、設備の閉鎖の場合の事後調整は認めており、欧州委員会による2004年7月7日の棄却決定でも後続の欧州司法裁判所の判決でも設備の閉鎖の際の事後調整措置は問題とされなかった。

ZuG2007および ZuG2012のように、閉鎖時には、排出枠の割当決定を撤回し、余剰となった排出枠を返還させるという方法は、遊休設備の温存につながると考えられる<sup>(207)</sup>。返還しなければならないならば、低い操業率を保って施設を維持しようという事業者の心理が働くからである。この観点からは、閉鎖施設に関して、排出枠を返還させないほうがよいことになる。もっとも、設備の閉鎖時に排出枠を返還する義務を課する場合には、ZuG2007第7条第9項のように、操業率が低い場合には閉鎖するとみなす旨の規定を言えることができれば、この難点は解決可能であろう。もっとも、環境経済学の観点からは、閉鎖施設についても事後調整措置を行わず、排出枠はそのまま保持させて、効率の悪い老朽化施設から効率のよい施設への設備更新へのインセンティブとして機能させ、事後調整措置は不要とする立場に優位性がある<sup>(208)</sup>ようである。

なお、設備の閉鎖時のルールとして、日本法のもとで、参照する価値があると思われるのは、東京都条例に基づく温室効果ガスの削減量取引において、事後調整措置に類似した規定があることである。

都条例に基づく削減量取引制度には、削減義務量が、事後的な状況変更により調整される場面が2通り規定されている。第1は、①当該事業所における事業活動の廃止がされ、又はその全部が休止された場合、②当該事業所における事業活動の規模が著しく縮小された場合、あるいは、③当該事業所における前年度の温室効果ガスの排出の状況が、前年度までの3か年連続して、原油換算で1500キロリットル未満であった場合に（都条例第5条の18第1号、第2号及び第3号）一度定められた削減義務期間が短縮され、削減義務量もそれに応じた量に変更されるというものである。これは施設の閉鎖の

際に、排出枠を返却させる事後調整措置に類似の機能を営んでいると思われる。もっとも、都条例の仕組みは、排出削減義務を課し、その義務を超過して達成できたもののうちの一部に譲渡可能性を付与するという仕組みになっているため、あらかじめ割り当てておいた排出枠の交付決定を撤回するといった問題は生じない。日本において気候変動のための本格的な国内型キャップ・アンド・トレード制度において、閉鎖時のルールの法的構成を考える際には、参考にすることは困難であろう。第2は、制度対象となる事業所において規模、エネルギーの供給等の状況<sup>(210)</sup>の変更の程度が著しいなどの状況の変更があった場合には、削減義務量の算出根拠となる基準排出量を変更するという規定である（都条例第15条の14第1号、第2項及び第3号）。この規定も事後調整措置に近いものである。もっとも、東京都の仕組みにおいては、ドイツと異なり、基準排出量そのものを変更してしまい、排出枠の返却を求めるという法的構成は不要になっている。これは、あらかじめ、排出枠を割り当てておくというキャップ・アンド・トレード制度とは異なり、総量削減義務を超過して達成できた分について譲渡可能性を付与するというものであるため、可能な整理といえる。

## 2 法的構成について

東京都条例においては、事後調整措置に類似する規定があったが、これは超過して削減できた削減量のうち、一定量に譲渡可能性を付与するという東京都条例固有の仕組みがあったから可能であったことであると考えられ、キャップ・アンド・トレード制度を導入するには、やはり、ドイツのように、事前に排出枠を割り当てたが、設備の稼働が中止されたときの事後調整をする規定を置く場合の法律構成を議論しておく必要があるだろう。

排出枠は何らかの行政行為によって、制度対象者に割り当てられるものであり、設備が閉鎖したという事後的な事情によって、公益性の観点から、行政行為の効力を打ち消すことになるため、ZuG2007の規定と同様に、行政行為の遡及的撤回と構成できるかは検討しておく必要がある。

日本においても、ドイツと同様に、成立時には瑕疵がなかったが、その後の事情の変化により、行政行為の効果を打ち消すという撤回概念は、行政行為の取消しとは区別し、遡及効のないものと考えるのが通説的立場である<sup>(211)</sup>が、ドイツと異なり、行政手続法および行政訴訟法において、一般的に撤回の要件や効果を定める明文はなく、解釈や学説に委ねられている。

遡及効を伴う撤回に関して参考になるのは「補助金等にかかる予算の執行の適正化に関する法律（以下、補助金適正化法）」第17条が、遡及効のある撤回を認めているという見解である。<sup>(212)</sup>

もっとも、ドイツにおいては、排出枠の法的性質は制度対象者の権利であるかどうかについても争いがあり、権利であったとしても公権であることから、排出枠の撤回を連邦による助成の交付決定のような目的拘束的給付行政行為の撤回として構成することが可能になっているように思われる。日本においては、排出枠は、私法上の財産権として解せざるを得ないため、補助金適正化法第17条のみを援用して、排出枠に対する事後調整措置を行政処分の撤回として扱うというドイツと同様の方法で構成することは困難になる可能性が高い。排出枠を私法上の財産権を構成せざるを得ない日本法の下では、事業者에게 割当てられた財産権を事後的に政策目的によって消滅させることとなるため、それは補助金の交付に代表される目的拘束的給付行政行為を撤回して政府に返還させることとは性質が異なると解され、補償を回避できる制度設計にできるかが課題となってこよう。

補助金の支給等の給付行政において、返還請求すべき事情が生じた場合に、遡及的撤回ができない場合の代替的手法として、当該給付行政行為に附款を付すことも考えられており、<sup>(213)</sup> キャップ・アンド・トレード制度において、この発想を応用するならば、排出枠の交付決定において、排出枠に設備が閉鎖しないことを条件とするという附款を付すことになる。

この方法によるときには、キャップ・アンド・トレード制度の重要な要請であるトレードの活発化に支障が生じる可能性があることを指摘しておきたい。



## むすびに代えて

環境問題を解決する手法には様々なものがあるが、本稿では、その1つとして、大気や水は、私人が所有することのできない環境財であり、大気や水そのものに所有権を設定することはできない点に過剰利用、すなわち、汚染の原因があるのだとする環境問題に対する財産権的アプローチといわれる手法に着目した。そこでこのような公共的な大気や水については、政府があらかじめ排出できる許容量を排出源に割当ておき、その後は許容量の取引という市場機能によって最適な汚染水準あるいは安全がみこまれる汚染水準に保つという手法がキャップ・アンド・トレード制度である。

本稿では、キャップ・アンド・トレード制度の代表例である EU-ETS の国内実施であるドイツにおける排出枠の法的性質に関する学説の分類及び整理を試みた。ドイツにおいて排出枠は、条文上「一定期間内における1二酸化炭素を放出する権能（Befugnis）」と定義され、この条文の解釈を巡って、排出枠を公権（subjective öffentliche Rechte）であるとするもの（ヴェルテンブルフ）と、基本法14条の保障のおよぶ私法上の財産権であることを示唆するもの（ブルギ）がある。環境法政策上の観点からは、権利ではなく、温室効果ガスを排出する「許可」が取引されているのだとする見解（コーベス）や、排出枠は温室効果ガスの排出について政府へ支払う通貨としての機能を営むという技巧的な説明（フレンツ）もみられ、興味深いが、排出枠は公権であるとする見解が有力であることが導かれた。このような法的性質をめぐるドイツの学説状況は、行政裁判所が存在せず、公権概念を脱却した日本において、そのまま採用できるものではない。もっとも、ドイツにおいて、排出枠を私的な財産権だとする立場はブルギ以外には、ドイツ法固有の原子力法との比較を論じるものであり、少数説にとどまっている。このことは、日本の国内型キャップ・アンド・トレード制度設計時に、排出枠に民事法上の私的財産権性は付与せざるを得ないとしても、その財産権としての

内容や程度を限定的なものにする際に大いに参考にされるべきである。

ドイツでは、排出枠の法的性質について、権利性にそもそも争いがある状況であり、権利性を肯定する有力な見解も、私権ではなく、公権にすぎないとする。したがって、民事上の特殊な無体財産権と構成せざるを得ない日本法とは状況が異なるのである。もっとも排出枠が、公権あるいは法律上の地位にすぎなくても、譲渡可能性のある私人に帰属可能な財産的利益であることはドイツでも同じであり、質権の設定可能性について、財産権性を帯びることからの財産権法上からの理論的な帰結と、キャップ・アンド・トレード制度においてはなるべく市場に排出枠を出回らせる必要があり、特定の事業者の手元に長期間保有しておくことは望ましくないという政策的な要請と対立が起きうる場面があることは日本法のもとでもドイツ法のもとでも同様である。

また、キャップ・アンド・トレード制度では、政府が初期割当という方法によって排出枠を生成する作業が不可欠となるが、事業者に割当後に、政府に排出枠を取り戻すことができるかという論点については、排出枠の法的性質について、権利性に争いがあり、権利だとしても公権であるとしているドイツと、私権性を帯びざるを得ない日本では、法的構成が異なりうる。第1フェーズにおいては、ドイツがそれまで直接規制を好む傾向があった国であることも影響してか、一度交付決定された排出枠を国家に返還させる多様な類型を組み込み、排出枠取引を、規制的手法の色彩の強いもの—キャップ重視型といいかえることもできよう—にしていた。これらの類型の一部は東京都の条例に類似した規定が存在していることも明らかとなった。このように一度交付決定をした排出枠を政府のリザーブ（保有分）に返還させる場合に、ドイツは連邦による補助金を事後的な事情により返還させるという目的拘束的給付行政行為の撤回の法理を採用しており、排出枠という「1二酸化炭素換算トンあたりの温室効果ガスを排出する権能」は、割当ルール上は、連邦による補助金と同質だと考えられていることになる。他方、排出枠を民

事上の特殊な財産権であると構成せざるを得ない日本の国内型キャップ・アンド・トレード制度において、設備の閉鎖時にドイツと同様の事後調整措置を採用する場合には、割当の交付決定という行政行為の撤回によって、補償なくして、民事上の財産権を消滅させることができるかどうかは大きな課題である。

こういった制度上の諸論点は、政策決定において、何を重視するかという制度設計の問題であり、どのモデルが正しいと断ずる性質のものではない。その国の既存の法体系や、気候変動についてのそれまでの取り組みからみて、複数の選択オプションから適切な選択がなされる必要がある。

EU-ETS は、現在、排出枠の価格低迷という危機にさらされており、制度改革が進行中である。EU-ETS から学べることは、キャップ・アンド・トレード制度のような大掛かりで、かつ、経済への影響が大きい制度を導入する際には、制度変更時に政府が柔軟な対応が可能にしておく必要性である。この視点は、1968年時点で示されていたような、政府の役割を最小化させ、市場に委ねることが最善の解であるとする新自由主義的思想にのみに拘泥すると、埋没してしまう恐れのある点も含まれる。

キャップ・アンド・トレード制度は、経済学に基づく理論を、法学が「実装」し、環境政策手法として実現していく典型例である。法学による「実装」は、元来の経済学の理論が企図していた理論を着実に法制化するという姿勢とともに、経済学が見落としがちな観点を広げ、経済学とのバランスのとれた着地点を探るという針に穴を通すような作業の積み重ねがあって初めて成功する。本稿は、その一部の手がかりを紹介したにすぎないが、得られた手がかりをもとに、今後、環境政策手法の法的分析をさらにすすめるきっかけとしたい。

(122) Daniel A. Farber, Environmental Trading Schemes and the Constitutional Leverage Effect, in Jody Freeman & Charles D. Kolstad (eds.), *Moving Markets*

- in *Environmental Regulation* (Oxford University Press, 2007) at 386.
- (123) 島村健「排出枠取引の国内実施—ドイツの場合—」新澤秀則編著『温暖化防止のガバナンス』109頁(ミネルヴァ書房・2010年)。
- (124) *Stefan Kobes*, *Das Zuteilungsgesetz*, NVwZ, 2004, S.1153 ff..
- (125) *Burgi*, *Grundprobleme des deutschen Emissionshandelssystems: Zuteilungskonzept und Rechutschutz*, NVwZ, 2004, S.1162ff..
- (126) *Stefen Kobes*, a.a.O.124, S. 1156.
- (127) *Stefan Kobes*, a.a.O.124, S.1156.
- (128) 生田長人『都市法入門講義』(信山社・2010年) 151頁参照。
- (129) *Burgi*, a.a.O.125, S.1168.
- (130) プルギの鑑定書の内容について邦語で分析しているものとして、島村・前掲脚注(123) 113頁。
- (131) *Frenz*, *Emissionshandelsrecht Kommentar zum TEHG und ZUG*, 2004, TEHG § 4, RdNr.4.
- (132) *Frenz/Theuer*, a.a.O.112, TEHG § 3, RdNr.9.
- (133) *Frenz/Theuer*, a.a.O.112, TEHG § 3, RdNr.11.
- (134) *Leidinger*, a.a.O.75, S.317, RdNr. 13. ff..
- (135) *Adam/Hentschke/Kopp-Assenmacher*, a.a.O. 65, S. 148 f..
- (136) *Wertenbruch*, a.a.O.115, S.517 .
- (137) 塩野宏『行政法 I (第5版) 行政法総論』(有斐閣・2012年) 117頁。
- (138) *Wagner*, a.a.O.65, S,198.
- (139) *Weidenkaff*, a.a.O.121, § 453 RdNr.4.
- (140) J. von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 15 Auflage, Neubearbeitung, München, 2014, *Beckmann*, § 453, RdNr.3.
- (141) *Wagner*, a.a.O.65, S.200.
- (142) 糊澤・前掲脚注(69) 18頁。
- (143) *Stefan Kobes*, a.a.O.124, S.1152.
- (144) *Adam/Hentschke/Kopp-Assenmacher*, a.a.O. 65, S.150.
- (145) *Ossenbühl*, a.a.O.72, S.213ff..
- (146) 島村・前掲脚注(123) 115頁。
- (147) 原田尚彦「行政法における公権論の再検討—公権を論ずる意義に関連して—」同『訴えの利益』41頁(弘文堂・1973年)

- (148) 山本隆司「客観法と主観的権利」長谷部恭男ほか編著『岩波講座—現代法の動態Ⅰ法の生成／創設』25頁以下（岩波書店）。
- (149) 原田・前掲脚注（147）42頁。
- (150) 塩入みほも「公権の生成と歴史的展開（一）—ドイツ公権論考察—」民商法雑誌112巻2号219頁（1995年）。
- (151) 中川義郎『ドイツ公権理論の展開と課題』（法律文化社・1993年）50頁。
- (152) 塩入・前掲脚注（150）220頁。
- (153) 中川・前掲脚注（151）133頁。
- (154) 中川・前掲50頁。もっとも選挙権を公権と構成するかどうかについては、根深い争いがある。
- (155) 石川敏行「ドイツ公権理論の形成と展開（二）」法学新報84巻4・5・6号（1977年）126頁以下。
- (156) 石川・前掲129頁。
- (157) 石川・前掲130頁。
- (158) 石川・前掲136頁。
- (159) 原田・前掲脚注（147）35頁。
- (160) 石川敏行「ドイツ公権理論の形成と展開（三）」法学新報84巻7・8・9号84頁（1978年）。
- (161) 石川敏行「ドイツ公権理論の形成と展開（四・完）」法学新報85巻1・2・3号121頁（1978年）。
- (162) 中川・前掲脚注（151）237頁。
- (163) 中川・前掲脚注（151）241頁。
- (164) 中川・前掲脚注（151）233頁。
- (165) 塩入みほも「公権の生成と歴史的展開—ドイツ公権論考察—（二・完）」民商法雑誌112巻3号406頁（1995年）。
- (166) 原田・前掲脚注（147）36頁及び60頁。
- (167) 国内排出量取引制度の法的課題に関する検討会・前掲脚注（86）27頁。
- (168) 京都議定書に基づく国別登録簿の在り方に関する検討会・前掲脚注（82）9頁。
- (169) 大塚・前掲脚注（6）30頁。
- (170) 武川丈士＝西川淳也＝作間智穂「排出権取引に関する法的考察（1）」NBL 808号48頁（2005年）。
- (171) 前掲。

- (172) 大塚・前掲脚注(6) 34頁。
- (173) 武川丈士「動き出した国内排出権取引」NBL814号28頁(2005年)。なお、武川弁護士は、債権説に批判的な立場を示している。大塚直教授も同様に債権説について「比喩的には免罪符のようなものということになろうか」と述べた上で、本文に指摘する債権説の問題点を分析している。大塚・前掲脚注(6) 38頁脚注(35)を参照。
- (174) 大塚・前掲脚注(6) 34頁。
- (175) 大塚・前掲脚注(6) 31頁脚注(36) 参照。
- (176) *Adam/Hentschke/Kopp-Assenmacher*, a.a.O.65, S.148.
- (177) 国内排出量取引制度の法的課題に関する検討会・前掲脚注(86) 41頁。
- (178) 国内排出量取引制度の法的課題に関する検討会・前掲脚注(86) 41頁。
- (179) *Adam/Hentschke/Kopp-Assenmacher*, a.a.O.65, S.163.
- (180) *Adam/Hentschke/Kopp-Assenmacher*, a.a.O.65, S.163; *Frenz/Theur*, a.a.O. 112, TEHG § 7, RdNr. 56; *Konzak/Heßler*, a.a.O.113, S.250, RdNr.72.
- (181) 林良平『注釈民法(8) 物権(3)』(有斐閣・1965年) 329頁。
- (182) 於保不二雄『現代外国法叢書—独逸民法(三) 物権法』(有斐閣・1955年) 415頁。
- (183) *Wertenbruch*, a.a.O.115, S.519.
- (184) *Frenz*, a.a.O.131, TEHG § 14, RdNr.8.
- (185) Commission Regulation (EU) No.1193/2011 of November 2011, *supra* note 94.
- (186) *Konzak/Heßler*, a.a.O.114, S.250, RdNr.74.
- (187) 近江幸治『民法講義Ⅲ担保物権(第2版補訂)』(成文堂・2007年) 330頁。
- (188) 温対法第36条は、「算定割当量は、質権の目的とすることができない」と定め、排出枠に対する質権の設定を禁止する旨の明文をおいた。
- (189) 大塚・前掲脚注(6) 34頁。国内排出量取引制度の法的課題に関する検討会・前掲脚注(86) 70頁も、同様の結論を導いている。
- (190) Communication from the Commission and Council to the European Parliament on Commission Decisions of 7 July 2004 concerning national allocation plans for the allocation of greenhouse gas emission allowances of Austria, Denmark, Germany, Ireland, the Netherlands, Slovenia, Sweden, and the United Kingdom in accordance with Directive 2003/87/EC, COM(2004)500 final.
- (191) Commisiion Decision of July 2004 concerning tyhe national allocation of

- greenhouse gas emission allowances notified to Germany in accordance with Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council, C(2004) 2515/2 final.
- (192) ZuG2007の邦訳は、渡邊理絵「EU 排出枠取引指令の国内法化—ドイツ」季刊環境研究140号144頁以下（2006年）に収録されている。
- (193) Konzak/Heßler, a.a.O.114, S.95, RdNr.115.
- (194) 諸富＝山岸前掲脚注（104）66頁は、閉鎖施設に関して、排出枠を返還する義務を課すオプションの場合には、ZuG2007の製造量減少類型のような操業率調整ルールを組み合わせる必要があるが、閉鎖施設についても事後調整措置を行わず、排出枠はそのまま保持させても、効率の悪い老朽化施設から効率のよい施設への設備更新へのインセンティブとして機能するから、事後調整措置は不要というオプションに利点があるとする。
- (195) ドイツ連邦行政手続法（VwVfG）の条文の邦語訳については、青木康著『行政手続法』（ぎょうせい・昭和46年）第2章（ドイツ）に従っている。この点につき、以降、参照するごとに引用を付すことは煩雑さを避けるため、割愛する。
- (196) 乙部哲郎「ドイツ連邦行政手続法等における行政行為の撤回」神戸学院法学31巻4号1143頁（2002年）。
- (197) 乙部・前掲1146頁。
- (198) 森稔樹「連邦行政手続法改正後における行政行為の撤回」佐藤英善＝首藤重幸編著『行政法と租税法の課題と展望：新井隆一先生古稀記念』（成文堂・2002年）291頁。
- (199) Case T-374/04, Federal Republic of Germany v. Commission of the European Communities (2007) ECR II-4431. 本判決について邦文で言及するものとして、須網隆夫「EU 排出量取引制度の法的問題」国際貿易研究所『EU の環境政策及びエネルギー政策と日本への影響—報告書（平成20年度）』20頁（2009年）及び大塚前掲脚注（105）がある。欧文で本判決を論じるものは数多くあるが、全体を概観できるものとして、Josephine A.W. van Zeven, „*The European Emissions Trading Scheme Case law*“, 18 RECIEL (2009), at119-128を挙げておく。本判決には、法務官意見が付されていないが、それは、本判決が、上述文献も指摘するように、EU 基幹法と指令に関する法的問題よりも、EU-ETS 制度の実務にとって重要性のある判決であったことに起因すると考えられる。
- (200) Communication from the Commission on guidance to assist Member States

- in the implementation of the criteria listed in Annex III to Directive 2003/87/EC establishing a scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community and amending Council Directive 96/61/EC, and on the circumstances under which force majeure is demonstrated, COM(2003) 830 final.
- (201) Chirs Backes et al., The underestimated possibility of ex post adjustments: some lessons from initial greenhouse gas emissions trading scheme, in Michael Faure & Marjuan Peeters (eds.), *Climate Change and European Emissions Tradings—Lessons for Theory and Practice* (Edward Elgar Publishing, 2008) at 179.
- (202) Michael Grubb & Karsten Neuhoff, „Allocation and competitiveness in the EU emissions trading scheme: policy overview“ 6 *Climate Policy* (2006), at 8.
- (203) Chirs Backes, et al., *supra* note 201, at 199.
- (204) Dales, *supra* note 30, at 94.
- (205) Chirs Backes, et al., *supra* note 201, at 206.
- (206) コージェネレーション施設に対する特別割当への事後調整については、キャップ・アンド・トレード制度に一般的なものではないため、焦点を絞るため、日本法のもとでの検討は割愛させていただく。
- (207) Chirs Backes, et al., *supra* note 201, at 216.
- (208) 諸富＝山岸・前掲脚注 (104) 66頁。
- (209) 「著しく減少される」とは、原油換算使用量が、1000キロリットル未満のことをいう。小澤ほか前掲脚注 (84) 592頁。
- (210) このような変更の著しい状況とは、「①床面積の増減、②用途変更③設備の増減（事業活動量・種類の変更に伴うもの）のうちのいずれかが発生した場合で、その結果、排出量の増減が6 %以上と算定される場合」をいう。前掲小澤ほか脚注 (84) 598頁。
- (211) 乙部哲郎『行政行為の取消と撤回』（晃洋書房・2007年）422頁。
- (212) 同法第17条は、補助金を受けた者が、その資金を他の用途に使用するかあるいは補助の際に付された条件に違反した場合に撤回を認めている条文である。同見解によれば、同法第10条が、一般的な事後的な事情変更の際の撤回を認めているが、但書において、既に補助金を受給した部分については撤回ができないと明文で定めているのとは対照的に、同法第17条には、既に補助金を受給した部分については撤回ができないという但書が存在せず、その条文の構造から、同法第17条は、目的を



定めるか条件を付して給付した補助金について、違反があったときには、遡及的撤回により、返還請求を可能にしていると解釈する。米丸恒治「給付行政行為の撤回の遡及効—補助金交付決定の撤回と返還請求についての日独比較—」行政社会論集 4 款 2 号 45 頁（1991 年）。森稔樹・前掲脚注（198）286 頁も、同法 17 条第 1 項は、法律上特別に撤回に遡及効を与えたものと解している。

（213）米丸・前掲 64 頁。